

UNIVERSITÉ DE PARIS - FACULTÉ DE DROIT

DES CONTRATS ADMINISTRATIFS

Comparés aux contrats notariés
au point de vue du caractère
commun d'authenticité

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

présentée et soutenue le 9 février 1924, à 4 heures 30

PAR

E. AUBRY

Président : M. JACQUELIN

Suffragants : MM. DEMOGUE, Professeur
MESTRE, Professeur

PARIS

ÉDITIONS DE LA VIE UNIVERSITAIRE

13, Quai de Conti

1924

UNIVERSITÉ DE PARIS - FACULTÉ DE DROIT

DES CONTRATS ADMINISTRATIFS

Comparés aux contrats notariés
au point de vue du caractère
commun d'authenticité

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

présentée et soutenue le 9 février 1924, à 4 heures 30

PAR

E. AUBRY

Président : M. JACQUELIN

Suffragants : MM. DEMOGUE, Professeur
MESTRE, Professeur

PARIS

EDITIONS DE LA VIE UNIVERSITAIRE

13, Quai de Conti

1924

La faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.



PREMIÈRE PARTIE

Origines, formes et conditions de l'authenticité

CHAPITRE PREMIER

DES ACTES AUTHENTIQUES EN GÉNÉRAL

Dans son sens strict et étymologique le qualificatif « authentique » signifie que l'objet auquel il s'applique a une origine certaine et qu'il porte en lui-même la preuve de cette origine.

Dans le langage du droit, ce sens se retrouve en partie, toutefois, quand on l'applique aux actes écrits, le mot authentique prend une signification différente de celle qui découle de l'étymologie et qui est, d'une part et subjectivement plus étroite, d'autre part et objectivement plus large.

Plus étroite, car on réserve la qualification d'actes authentiques aux seuls actes reçus par des officiers publics dûment accrédités à cet effet ; alors que les actes émanés des simples particuliers, et bien que leur origine ne soit pas contestée, ne sont toutefois que des actes privés ; ainsi le testament olographe qui pour être valable doit être écrit en entier de la main du testateur, n'est cependant qu'un acte privé.

Pus large, car dans le sens étymologique, la seule vérité établie est que l'écrit émane bien de la personne à qui on l'attribue, le témoignage contenu dans l'écrit pouvant être entièrement faux ; tandis que dans le sens juridique l'acte authentique prouve à la fois, et son origine et la véracité des faits dont témoigne l'officier public qui a présidé à son établissement.

La force probante attachée à l'acte authentique résulte de deux présomptions légales fondées sur l'intervention de l'officier public dont le rôle est ainsi fort important. C'est lui, en effet, qui confère à l'écrit la forme authentique sur laquelle est basée la présomption d'origine de l'acte ; c'est à son témoignage que l'on se rapporte pour présumer la réalité des faits constatés par lui, au cours de sa mission et relatés dans l'écrit rédigé par ses soins.

Ces présomptions au surplus, n'ont de valeur que par toutes les garanties qui les entourent et les justifient ; notamment par les formes prescrites par la loi pour l'établissement des actes authentiques et qui ont pour but de rendre le faux aussi difficile à réaliser que facile à découvrir, par les conditions imposées aux officiers publics pour assurer la sincérité de leur témoignage, par les diverses sanctions civiles ou pénales qui répriment énergiquement toute infraction en cette matière.

Ainsi l'acte authentique jouit d'une autorité toute particulière au point de vue de la preuve qu'il peut être appelé à fournir, et c'est là l'effet général et direct de l'authenticité. En matière de contrats d'autres privilèges étaient autrefois attachés aux actes authentiques et notamment à la fin de l'ancien régime, ces actes avaient force exécutoire et emportaient de plein droit hypothèque générale sur les biens du débiteur.

Nous aurons à revenir sur ces différents points pour examiner ce qui reste, dans l'état actuel du droit, des privilèges attachés autrefois aux actes authentiques, mais nous devons, dès maintenant, pour compléter les caractères de l'authenticité, dire quelques mots de la force exécutoire et de l'hypothèque générale.

Les droits étant la source de tous les avantages qu'on tire des lois, le but d'une société organisée est de permettre à chaque citoyen de trouver, auprès de la force publique, un appui pour faire respecter les droits qu'il tient de la loi ou d'une convention, et qui, à défaut de sanctions, resteraient purement théoriques et inefficaces.

Le mode normal, pour obtenir cette protection est de s'adresser aux tribunaux et d'obtenir, contre la partie récalcitrante, un jugement par lequel le magistrat donnera mandat, aux agents de la force publique, d'appuyer l'exécution de la sentence et d'y contraindre le défendeur; ce mode de protection est également le mode normal d'exécution des contrats.

Lorsqu'une convention intervenue entre les parties, sous forme d'acte sous signatures privées, est l'objet d'une inexécution quelconque, la partie lésée s'adresse au Tribunal pour faire constater le manquement de son co-contractant; le juge, après s'être assuré de la validité de la convention, autorisera le demandeur à mettre en mouvement la puissance publique pour obliger la partie défaillante à respecter ses engagements.

L'acte authentique au contraire, est généralement exécutoire par lui-même : l'officier public qui l'a reçu donnera mandat, au nom du pouvoir exécutif, aux agents de ce pouvoir, de procéder à l'exécution des conventions et obligations constatées par l'acte nonobstant la volonté

contraire de l'une des parties et sur le vu seul du titre authentique.

Enfin nous avons dit que certains actes authentiques emportaient hypothèque générale sur les biens du débiteur. C'est encore aujourd'hui, un des effets des jugements portant condamnation, qui, pour en garantir l'exécution, donnent de plein droit une hypothèque judiciaire sur tous les biens présents et à venir de la partie condamnée, à la seule condition pour le demandeur, de prendre inscription au bureau des hypothèques.

Les actes contractuels authentiques produisaient, sous l'ancien régime, le même effet sans qu'il fût besoin de prendre inscription; nous verrons (1) dans quelle mesure cette garantie a subsisté dans la législation actuelle.

Tels sont les privilèges attachés à l'acte authentique, ils sont considérables et précieux, et placent l'acte authentique fort au-dessus des actes ordinaires.

Précisément à raison de cette différence il doit être bien distinct dans sa formation de l'acte ordinaire : des conditions d'établissement lui sont imposées sans lesquelles il ne pourra acquérir l'authenticité qui fait sa force.

Ces conditions sont indiquées par l'article 1317 du Code Civil et se ramènent à trois principales. Aux termes de ce texte, il faut pour qu'un acte soit authentique a) que cet acte soit reçu par un ou plusieurs officiers publics ; b) que ce ou ces officiers publics soient compétents pour le recevoir ; c) qu'il soit accompli avec toutes les solennités requises par la loi.

Nous n'avons pas ici à commenter l'art. 1317, ni à exposer la jurisprudence qui a sanctionné ce texte ; di-

(1) Intra 2^e partie, p. 86 et s.

sons seulement, pour en préciser la portée, qu'on désigne sous le nom d'officiers publics tous les fonctionnaires qui ont reçu de l'autorité publique la mission de constater officiellement certains faits. Ces officiers n'ont pas une compétence générale, mais limitée, *ratione materiæ* et *ratione loci*, en dehors de laquelle ils n'ont plus droit d'agir en qualité de personnes publiques. Leur mission est bornée aux objets auxquels elle s'applique et au territoire dans lequel elle peut s'accomplir ; l'art. 1317 ne parle, il est vrai, que de la compétence territoriale, mais tous les auteurs demeurent d'accord que les officiers publics des divers ordres ne peuvent empiéter sur leurs attributions respectives, car lorsqu'un officier public agit en dehors de ses attributions, il perd tout droit d'instrumenter valablement (1), toutefois certains officiers publics tiennent de la loi elle-même le pouvoir de procéder concurremment à certains actes. (2).

Quant aux formes et solennités, elles sont particulières à chaque espèce d'actes et s'imposent différemment à chaque catégorie d'officiers publics. La plupart sont substantielles et leur absence entraîne la nullité de l'acte, comme acte authentique ; certaines sont imposées seulement à peine d'amende (timbre, enregistrement, annexe des procurations) ; elles n'influent pas sur le caractère d'authenticité de l'acte.

Les conditions relativement larges de l'art. 1317 lais-

(1) En ce sens Metz, 29 mai 1818. — S. 1819.2.110. — Il s'agissait en l'espèce d'une déclaration dressé et signée par un maire et deux témoins constatant qu'un créancier défunt, trop malade pour pouvoir écrire, avait reconnu avoir été payé d'une somme à lui due. La cour a décidé qu'il n'y avait là qu'une preuve testimoniale écrite admissible seulement dans les termes de l'art. 1341 du code civil.

(2) C'est ainsi que les reconnaissances d'enfants naturels peuvent être indifféremment reçues par les tribunaux et juges de paix, les juges-commissaires, les notaires et les officiers de l'état civil.

sent place à plusieurs sortes d'actes authentiques, aussi le Droit Français en admet-il un certain nombre. Nous n'avons à nous occuper ici que des actes contractuels, c'est-à-dire de ceux qui constatent à la fois l'accord de la volonté des parties, l'objet certain de l'engagement, la nature et la cause de l'obligation.

Aux termes de la loi du 25 Ventôse an XI (art. 1^{er}), les notaires sont les fonctionnaires publics institués à l'effet de dresser les contrats auxquels les parties doivent ou veulent faire donner la forme authentique.

Néanmoins les contrats notariés ne rentrent pas seuls dans la définition de l'art. 1317 code civil dont les termes permettent également d'accorder le privilège de l'authenticité aux contrats passés au nom des personnes administratives par leurs représentants qui peuvent agir en qualité d'officiers publics lorsqu'ils ont reçu de la loi compétence à cet effet. Le principe de cette authenticité est d'ailleurs antérieur à l'art. 1317 et il fut confirmé au cours de la période intermédiaire qui est l'époque où prit véritablement naissance le droit administratif, tout au moins en ce qui concerne la question des contrats.

C'est en effet à cette époque que les biens de l'ancien domaine du roi furent réunis au domaine national, ainsi que le décide l'art. 6 du Décret du 22 Novembre-1^{er} Décembre 1790 qui porte que « Les biens particuliers du prince qui parvient au trône et ceux qu'il acquiert pendant son règne, à quelque titre que ce soit, sont de plein droit et à l'instant même, unis au Domaine de la nation et l'effet de cette union est perpétuelle et irrévocable. »

Déjà par le décret des 2 et 4 Novembre 1789, les biens ecclésiastiques avaient été mis à la disposition de la Na-

tion et les biens des Hospices, pour la plupart fondés par les membres du clergé, et qui avaient été confondus avec les biens ecclésiastiques par le décret de 1789, furent définitivement confisqués par le décret du 23 Messidor, an II.

Enfin les biens appartenant aux émigrés furent placés sous séquestre et les revenus en furent déclarés propriété nationale par les décrets des 9-12 février et 30 Mars et 8 Avril 1792.

Un décret du 27 Juillet 1792, en ordonna la confiscation et la vente au profit de la nation.

Ainsi donc la nation, l'Etat, et plus tard les subdivisions administratives qui furent créées, devinrent propriétaires de biens considérables, sans même que l'on ait songé, à cette époque, à construire une théorie juridique de cette aptitude à posséder.

Mais le fait de devenir propriétaire entraînait, pour les personnes morales, la nécessité de contracter ; et il apparut nécessaire de donner aux contrats passés par les personnes morales, un caractère et des règles différents des contrats passés par les citoyens entre eux. Cette nécessité parut d'autant plus impérieuse que la liquidation des biens nationaux était devenue fort difficile, car, d'une part, l'institution de personnes morales propriétaires constituait dans la vie juridique de l'époque une innovation qui comme telle, paraissait suspecte ; d'autre part, les luttes politiques et religieuses de l'époque avaient fait naître dans les esprits beaucoup d'incertitude et de scrupules. C'est donc dans les textes de la période intermédiaire que nous trouverons quelques-unes des sources les plus intéressantes du droit administratif en ce qui concerne les contrats, et notamment

en ce qui concerne la forme de ces contrats, le texte fondamental de l'art. 14 du décret des 23 et 28 Octobre-5 Novembre 1790 qui porte :

« Le ministère des notaires ne sera nullement nécessaire pour la passation desdits baux, ni pour tous les autres actes d'administration. Ces actes, ainsi que les baux, seront sujets au contrôle, et ils emporteront hypothèque et exécution parée. La minute sera signée par les parties qui sauront signer et par les membres présents du directoire ainsi que par le secrétaire qui signera seul l'expédition » (1).

Nous aurons donc, après avoir parlé de l'authenticité dans les actes notariés qui en sont la forme normale en matière d'actes contractuels, à examiner, en partant du texte précité de 1790, l'authenticité des contrats passés conformément à ce texte, par les représentants des personnes morales dans la forme administrative. Dans une deuxième partie nous comparerons, dans les contrats administratifs et dans les contrats notariés, l'effet direct de l'authenticité (force probante) et les privilèges qui furent attachés aux actes authentiques (force exécutoire, effet hypothécaire) en examinant, dans la législation actuelle, ce qui reste de ces privilèges dans les deux sortes de contrats sur lesquels porte notre étude.

(1) L'art. 3 de la loi du 4 mars 1791 a étendu ces dispositions aux contrats ou marchés de travaux publics ou de fournitures nécessaires aux divers services publics intéressant l'Etat.

CHAPITRE II

DES CONTRATS NOTARIÉS

La construction juridique de l'acte authentique notarié est l'œuvre de l'ancien droit français qui en a trouvé les bases dans les institutions juridiques du droit romain du dernier état.

Il n'est pas sans intérêt d'examiner ici comment les institutions romaines ont été utilisées par notre ancien droit, car nous allons trouver par là même, l'origine de l'authenticité des contrats notariés.

Il y eut de tout temps des scribes à Rome, mais les plus anciens étaient dans une situation sociale inférieure; et, c'est seulement au temps de Justinien, que l'on rencontre des fonctionnaires spécialement chargés du soin d'établir et de conserver des actes écrits (1). Ces fonctionnaires étaient divisés en deux catégories : Les *tabularii* servaient de secrétaire aux parties et rédigeaient le projet de l'acte constatant les modalités de leurs conventions. Ils le portaient ensuite aux *tabellions* qui le remettaient au net (*in purum seu in mundum*) et en donnaient lecture aux parties, qui y apposaient leur sceau (*signum*) et leur *subscriptio* (déclaration faite au bas de l'acte, de

(1) Déjà sous Marc Aurèle, les *tabularii* avaient été chargés de recevoir les déclarations de naissance et sous Justin, le testament des aveugles. Justinien leur confia le soin de dresser l'inventaire imposé à l'héritier bénéficiaire et d'opérer la remise de l'excédent du prix d'une *bonorum distractio* disponible après le règlement des créanciers. Cet empereur ayant en outre réglementé la fonction des *tabellions* dans la Nouvelle « de *Tabellionibus* » est le véritable organisateur du système romain des contrats écrits.

la main des parties, par laquelle elles confirmaient le contenu de l'acte.

La mise au net, œuvre du tabellion, formait la preuve du contrat à l'égard des parties, mais l'acte ainsi établi n'était pas opposable aux tiers. Pour devenir authentique il fallait qu'il fût vérifié en justice, soit par témoins, soit par comparaison d'écritures. Les tabellions se débarrassaient de cette formalité en venant eux-mêmes en justice attester la vérité des faits contenus dans l'acte ; puis les parties elles-mêmes purent donner l'authenticité aux actes des tabellions, au moyen de l'insinuation « *apud acta magistri* ». La partie qui voulait faire publier son titre se présentait devant le magistrat après y avoir fait appeler l'autre partie et là, elle demandait la publication de l'acte et l'insinuation dans les registres de l'*actuaris*.

Le magistrat en prenait connaissance et s'il le trouvait conforme aux lois, il le déposait dans les archives publiques : C'était un mode préventif de vérification d'écritures.

Remarquons ici que la présomption de sincérité qui s'attachait aux actes insinués, ne portait que sur la preuve du contrat et était, en théorie du moins, sans influence sur la formation du contrat. Ainsi que le fait observer, avec raison, M. Esmein au cours de son étude sur les contrats dans l'ancien droit (1) ; l'acte écrit n'était à Rome qu'un simple procès-verbal, servant à constater l'accomplissement des stipulations nécessaires à la formation du contrat.

À l'époque classique, on alla jusqu'à admettre que la stipulation régulière était sous-entendue dans les actes qui contenaient seulement les engagements des parties ;

(1) Paris, Éd. 1883, p. 17 et 18.

mais le principe subsistait et, si l'on en excepte le petit groupe des contrats consensuels, le Droit Romain ne sut pas s'affranchir complètement de la nécessité des stipulations réelles pour la formation des contrats.

Il semble que les institutions romaines survécurent en Gaule après l'effondrement de l'empire, tout au moins jusqu'à Charlemagne. Grégoire de Tours (1) qui écrivait au VI^e siècle, nous apprend qu'il fut mandé, en l'an 14 du règne de Childebert, Roi d'Austrasie, par la reine Ingoberge pour la diriger dans ses actes de dernière volonté et, que sur ses conseils, elle fit appeler un notaire (*notarium*) pour recevoir ses dispositions.

Un capitulaire de Dagobert renfermant la loi des Ripuaires fait mention des *Tabularii* et des formalités à remplir pour faire annuler leurs écrits (2). Sous Childebert III, il y avait des notaires publics connus sous le nom de *Notarii libellarii publici* (3). Enfin un capitulaire de 779 porte qu'à l'égard des *Tabularii* et *Chartularii* on suivra les usages consacrés par le temps.

Ces usages étaient ceux du peuple romain avant Justinien consacrés par le code Théodosien. Les Francs n'ont jamais connu les lois de Justinien et par suite les *Tabel lions*. création de cet empereur ; ils se servaient des *tabularii*, mais sans donner à leurs actes un caractère authentique.

Charlemagne s'efforça de développer l'institution, il éleva les *Tabularii* à la dignité de Chanceliers sous le nom de *Notarii* et en 803, par un capitulaire d'Aix-la-Chapelle, il ordonna aux *Missi Dominici* d'en créer

(1) Hist. Franc. Lib. IX, ch. 25.

(2) Reginon Lib. I.

(3) Nouveau traité de Diplomatie. Paris, 1762, T. V p. 52.

dans chaque ville et de lui donner les noms de ces fonctionnaires.

Les guerres de la féodalité et les rivalités seigneuriales ne laissèrent pas aux institutions pacifiques le loisir de se consolider ; et, sauf dans certaines provinces du midi de la France où la tradition romaine subsista, les *notarii* créés par Charlemagne, continuateurs directs des *tabularii* romains, ne tardèrent pas à disparaître. L'institution néanmoins devait revivre dans les pays de coutume, mais d'une source différente.

Au cours de la période féodale, des nationalités diverses se dessinèrent et le sol français fut semé de communes affranchies et de seigneuries. Chaque seigneur eut des *placets annaux* dans lesquels il était assisté d'un scribe. Tous les vassaux y venaient, à tour de rôle renouveler leur prestation de foi ; les prestations accomplies le seigneur confirmait ou changeait ses règlements et rendait la justice par lui-même.

Seuls d'abord, les seigneurs purent, au moyen de leur sceau, créer des titres authentiques ; car, au milieu de l'ignorance profonde qui a marqué cette époque, ce n'était pas l'écrit qui obligeait, mais le sceau, c'est-à-dire un signe distinctif assez répandu pour pouvoir être facilement reconnu.

Plus tard, toutes les personnes qui eurent un droit de juridiction eurent également le privilège du sceau, et Beaumanoir en cite trois classes. Les gentilshommes, le juge civil et l'ordinaire ecclésiastique (1).

Les particuliers qui n'avaient pas le privilège du sceau, eurent recours à celui de la juridiction sous laquelle ils

(1) Beaumanoir XXXV, 18. — P. Fournier. *Les Officialités au moyen âge*, p. 46.

se trouvaient placés, et obtinrent ainsi le moyen de s'obliger par acte public, on appelait cela : s'obliger par lettres. Dans ce but, les parties se présentaient le plus souvent devant le bailli, et le créancier obtenait ainsi des lettres de bailli (1). Plus tard lorsque la justice fut organisée, on eut recours au système des *recognitiones* dans lequel le débiteur faisait l'aveu de la dette devant son juge ordinaire qui le constatait en un écrit auquel il apposait ensuite le sceau de sa juridiction.

Au début du XIII^e siècle, on trouve dans les cours de justice des auxiliaires accrédités qui sont bien différents des simples secrétaires des époques précédentes.

D'après M. Fournier (2), c'est auprès des officialités que ces auxiliaires ont été d'abord institués et leur création aurait été motivée par un texte du quatrième concile de Latran (canon 38^e) ordonnant dans tous procès, la présence d'une « publica persona », chargée de dresser procès-verbal des actes de procédure et des décisions du juge. Ces commis qui jouaient alors le rôle de nos greffiers modernes, prirent le nom de notaire, car ils succédaient aux notaires des évêques de l'époque précédente, qui cependant n'étaient eux-mêmes que de simples secrétaires dépourvus du caractère d'officier public. Bientôt des notaires furent également créés auprès des juridictions séculières, et ces notaires furent chargés de toutes les besognes auxquelles donnait lieu l'administration de la justice, notamment ils recevaient au nom du juge les *recognitiones* et ainsi ils se trouvèrent remplir des fonctions analogues à celles des notaires du Midi, quoique d'une origine et en vertu de règles bien différentes.

(1) Esmein. Étude sur les contrats, p. 44, Beaumanoir, XXXV, 23.

(2) Officialités, p. 48.

Les notaires du Midi, en effet, véritables continuateurs des anciens tabellions tenaient, du fait de leur fonction, leur caractère de personnes publiques et, participant à la juridiction, ils y puisaient le pouvoir de conférer à leurs actes le caractère d'authenticité ; ils agissaient par eux-mêmes, en leur nom personnel, et non en qualité de mandataires de la justice. Comme les notaires des pays de coutumes, ils recevaient les contrats contenant obligations, mais c'était en vertu des règles du droit Romain détournées, par l'habileté des praticiens, de leur sens primitif. Le texte de Paul « Confessus pro judicato est, qui quodammodo sua sententia damnatur » (1), attribuait la force d'une condamnation à l'aveu fait par le défendeur « in jure », en présence du prêteur au cours d'une contestation réelle. Imitant en cela les usages romains, les praticiens imaginèrent d'organiser une contestation simulée, au cours de laquelle le défendeur ne s'opposait pas aux prétentions de son adversaire ; celui-ci obtenait un jugement qui formait titre à son profit. De là à admettre que l'aveu, intervenant au moment où naissait la créance, était suffisant pour créer l'obligation, il n'y avait qu'un pas, qui fut rapidement franchi ; ce que le droit romain n'avait jamais osé faire, car si nos anciens praticiens avaient acquis une grande connaissance des lois romaines, ils n'étaient pas opprimés par un passé formaliste, que la culture juridique approfondie des Romains tenait toujours présent à leur esprit.

Les notaires étaient appelés à recevoir toutes ces opérations, car même dans les provinces du Midi, ils cumulaient leurs fonctions avec celles des greffiers, et ainsi, tant en faisant appel au droit coutumier qu'en usant des

(1) L. I. D. de confessis XLII, 2.

règles romaines, supprimant les détours primitifs lorsqu'ils les jugèrent inutiles, ils étaient arrivés à dresser en forme authentique des actes constatant simplement l'accord de la volonté des parties qui produisait l'obligation.

Mais l'ingéniosité des praticiens devait aller au delà de la formation du contrat et par une pente toute naturelle se préoccuper de son exécution. Elle eut à résoudre là de sérieux problèmes.

Pendant longtemps l'ancien droit français tout imprégné des principes de la féodalité, n'admit pas le recours des créanciers sur les immeubles de leur débiteur. Tout au plus, autorisait-on des saisies temporaires de revenus et encore fallait-il souvent obtenir pour cela l'agrément du seigneur. C'est qu'en effet, le régime des tenures féodales mettait obstacle à la libre disposition de la terre par son possesseur ; ce n'est que lorsque l'aliénation volontaire des tenures fut possible, que l'on songeât à donner au créancier le moyen de se faire payer sur les immeubles, mais pour cela, il fallait que le débiteur y donnât son consentement, et au besoin on le lui arrachait au moyen de la contrainte par corps. Mais bientôt la pratique inséra dans les contrats une clause d'obligation dans laquelle le débiteur autorisait son créancier à saisir et à vendre tous ses biens à défaut de paiement à l'échéance. C'était la clause de l'« obligatio bonorum », que l'on rencontre assez fréquemment au XIII^e siècle, et qui devait bientôt prendre pour les immeubles, tous les caractères de l'hypothèque conventionnelle du droit romain. Par la suite, les créanciers ne manquèrent pas de l'exiger et pour prouver la date du contrat dont l'importance était capitale, ils eurent

soin de faire rédiger un acte en forme authentique pour constater l'échange des consentements. (1).

Cet usage devint si général, que la jurisprudence admit que la clause d'obligation était sous-entendue dans tous les contrats. « L'hypothèque, dit Basnage (2), est censée constituée non seulement lorsqu'il y en a stipulation expresse, mais mesme quoiqu'il n'en soit rien dit... C'est un usage général et certain que toute obligation reconnue emporte hypothèque, sans autre stipulation suivant cet ancien proverbe : *qui s'oblige, oblige le sien* ». Et Loiseau écrit (3) : « Et encores en France, on a bien passé plus outre, car pource qu'en tous les contrats, par un style ordinaire des notaires, on s'est accoustumé d'insérer la clause d'obligation de tous les biens, on a enfin tenu pour règle que tous contracts portaient hypothèque sur tous les biens, comme ceste clause estant sous-entendue si elle avait été omise ». Cette hypothèque était générale et frappait tous les immeubles présents et à venir du débiteur.

Par là, les actes notariés produisaient les mêmes effets que les jugements, ce qui d'ailleurs, n'est pas pour surprendre puisque l'ancien notariat était, à son origine, une émanation du pouvoir judiciaire.

Au surplus, les notaires exercèrent longtemps les fonctions de la juridiction volontaire concurremment avec les greffiers, et ceci peut expliquer pourquoi les juges consentirent volontiers à assimiler, quant aux effets, les jugements et les contrats.

(1) Esmein. — Op. cit. p. 160 et suiv.

(2) Traité des hypothèques, p. 28 et 30.
Inst. cout. Liv. III Tit. VII, 13 et 14.

(3) Du déguerpissement. — Liv. III ch. I N° 15, V. également Loysel.

Par la suite, la séparation des fonctions de notaire et de greffier, s'est faite d'une manière insensible, et sans qu'apparaisse nettement la modification profonde que cette séparation apportait aux principes.

Le terme de cette évolution est marqué par l'Edit d'Angoulême de 1542 qui interdit aux greffiers et juges, à leurs lieutenants et commis de ne « plus recevoir aucuns contracts volontaires entre quelques personnes, ne pour quelques causes que ce soient » (1). Le même édit instituait des scelleurs et gardes des sceaux, chargés d'apposer le sceau de la juridiction sur les contrats et les jugements. Lorsque sous Louis XIV en 1706, l'office des gardes scelleurs fut supprimé, les notaires reçurent le droit de sceller eux-mêmes leurs actes. Ils cessèrent ainsi complètement d'être rattachés à une juridiction quelconque, ils étaient devenus des fonctionnaires indépendants, possédant, en vertu d'une délégation du pouvoir central, le droit de conférer eux-mêmes à leurs actes le bénéfice de l'authenticité avec tous les privilèges que cette qualité comportait alors.

Au cours de la période révolutionnaire, le régime des actes notariés a été modifié par la loi organique du 25 Ventôse an XI, qui forme encore aujourd'hui le véritable code de cette matière. Cette loi a soigneusement réglé la forme dans laquelle doivent être passés les actes notariés et les conditions qui s'imposent au notaire, aux témoins et aux parties, pour l'établissement de ces actes. L'étude complète de ces formes et conditions exigerait des développements qui sortiraient du cadre de cette étude ; nous devons néanmoins en dire ici quelques mots, car nous aurons à examiner dans quelle

(1) Isambert. — Recueil des anciennes lois françaises. — T. 12 p. 794.

mesure les contrats administratifs s'y trouvent soumis et si cette mesure est satisfaisante.

Les articles 12 à 17 de la loi du 25 Ventôse an XI contiennent un exposé complet des formes imposées aux notaires pour la rédaction de leurs actes. En vertu de ces articles, les actes notariés doivent être écrits en un seul et même contexte, lisiblement, sans abréviations, blancs ni lacunes. Ils doivent énoncer les nom et lieu de résidence du notaire ; les noms, prénoms, état et demeure des parties. Les dates et sommes doivent être écrites en toutes lettres. Les procurations, autorisation et consentement des contractants doivent être annexés à la minute. L'acte doit être lu aux parties et porter la signature des parties, des témoins et du notaire, et mention doit être faite en fin de l'acte de la lecture qui en a été donnée aux parties, de leur signature, de celle des témoins et du notaire, ainsi que des déclarations des parties qui ne savent ou ne peuvent signer.

Le corps de l'acte ne doit contenir ni surcharge, ni interligne, ni addition. Les renvois et apostilles ne peuvent être écrits qu'en marge et signés ou paraphés par tous les signataires de l'acte et par le notaire. Enfin, une mention spéciale, approuvée comme les renvois, doit indiquer le décompte des mots rayés aux cours du texte.

Les infractions aux prescriptions ci-dessus sont, suivant leur importance, sanctionnées soit par une amende contre le notaire, soit par la nullité des parties vicieuses de l'acte, soit par celle de l'acte lui-même si les vices portent sur des mots essentiels en l'absence desquels l'acte ne saurait subsister.

Aux termes des art. 29 et 30 de la loi de Ventôse, les notaires doivent tenir un répertoire jour par jour, de

tous les actes qu'ils reçoivent. Les répertoires sont visés, cotés et paraphés par le président du tribunal ; ils contiennent la date, la nature et l'espèce de l'acte, les noms des parties et la relation de l'enregistrement.

Enfin les articles 20 à 27 et 54 à 61 de la même loi règlent soigneusement les obligations des notaires relativement à la conservation, à la transmission et à la communication des actes reçus par eux.

A part quelques actes simples qui peuvent être délivrés en brevet, les notaires sont tenus de garder minute des actes qu'ils reçoivent (L. du 25 Ventôse an XI, art. 20). La minute est l'original de l'acte, les notaires n'en délivrent que des copies.

Les notaires sont tenus de prendre toutes les précautions nécessaires pour assurer la conservation de leurs minutes. Ils doivent les avoir dans la maison où se trouve leur étude et les mettre, dans la mesure du possible, à l'abri de l'incendie, de l'humidité et généralement de toutes les causes d'altération (1). Ils doivent même les tenir sous clef afin de les mettre à l'abri des recherches indiscretes. (2).

Lorsqu'un notaire quitte sa charge, ses minutes sont remises à son successeur dans le mois de sa prestation de serment : et ce dernier en devient responsable d'après l'état qui doit en être alors dressé et dont un double est remis à la Chambre de discipline (art. 80). En cas de suppression d'office les minutes sont remises, dans les mêmes formes et dans le délai de deux mois, à l'un des notaires de la commune ou du canton (art. 54).

Les notaires délivrent de leurs actes, des expéditions

(1) Dalloz. — Rép. V^o obligation n^o 3677.

(2) Amiaud. — Traité formulaire du Notariat, V^o Minute N^o 6.

qui portent le nom de *grosses* lorsqu'elles sont délivrées en forme de titre exécutoire ; les expéditions ne peuvent être délivrées qu'aux « personnes intéressées en nom direct, héritiers ou ayants droit » (L. de Ventôse, art. 23), sauf l'autorisation qui peut être donnée aux autres intéressés par ordonnance du président du tribunal. Il ne peut être délivré qu'une seule grosse à chacune des parties intéressées ; toutefois le président du tribunal peut ordonner la délivrance d'une seconde grosse par une ordonnance qui doit demeurer jointe à la minute (art. 26).

Quant à l'original de l'acte lui-même, à la minute : il ne peut être communiqué qu'aux personnes intéressées en nom direct, à leurs héritiers ou ayants droit (art. 23), aux agents de l'enregistrement qui peuvent y prendre les renseignements, extraits et copies qui leur sont nécessaires pour les intérêts de la République (Loi du 22 Frimaire an VII, art. 52 et 54), au juge d'instruction agissant dans l'exercice de ses fonctions. Enfin le ministère public peut requérir la communication d'office en cas de flagrant délit ou lorsqu'il agit sur la dénonciation d'un crime, d'un délit ou d'un manquement professionnel (1).

Au cas de communication, les notaires ne peuvent se dessaisir de leurs minutes que s'il y a poursuite en faux principal, en faux incident, ou demande en vérification d'écriture. Ils doivent au préalable en dresser une copie figurée certifiée par le président du tribunal de leur résidence et le procureur de la République. cette copie

(1) Amiaud. — Traité formulaire du Notariat, V^e Communication des actes notariés, N^o 6.

est substituée à la minute dont elle tient lieu jusqu'à sa réintégration (art. 22 L. du 25 Ventôse an XI).

En outre des formes prescrites pour l'établissement et la conservation des actes, diverses conditions sont imposées au notaire et aux témoins en vue d'assurer dans la plus large mesure possible, la sincérité présumée de l'acte.

Le fait même d'être investi des fonctions notariales implique, dans la personne de celui qui les exerce, la réunion de plusieurs conditions de capacité et de moralité qui sont efficacement sanctionnées par la responsabilité civile, pénale ou professionnelle.

Pour être admis aux fonctions de notaire, il faut avoir accompli un stage préparatoire d'au moins quatre années et subi avec succès deux examens. La nomination a lieu par décret du chef de l'État et doit être suivie dans le délai de deux mois de la prestation de serment du nouveau titulaire ; celui-ci doit en outre verser un cautionnement et faire le dépôt de sa signature aux divers greffes prescrits par la loi (art. 47 et 49, loi du 25 Ventôse an XI.)

Dans l'exercice de leurs fonctions, les notaires sont astreints à diverses obligations, notamment au secret professionnel qui impose aux notaires le devoir de ne rien dévoiler des faits dont ils pourraient avoir eu connaissance au cours de leur mission. Enfin les notaires ne doivent pas se contenter d'être les rédacteurs passifs des conventions des parties, mais ils doivent se faire le conseil et le guide de ceux qui s'adressent à eux, les éclairer sur les conséquences possibles de leurs conventions et sur la portée réelle des engagements qu'ils sont appelés à souscrire, dévoilant au besoin les pièges qui pour-

raient être tendus aux ignorants ou aux insoucians. Cette mission, qui est une des plus délicates et aussi une des plus importantes du ministère des notaires, s'impose à eux d'autant plus impérieusement que la bonne foi des parties risque d'être surprise notamment à raison de leur ignorance. Le notaire qui manque à cette obligation engage sa responsabilité ; aussi lorsqu'un contractant s'obstine à souscrire un acte dangereux malgré les avis et les conseils d'un notaire, ce dernier agit prudemment en requérant de son client une décharge écrite mentionnant les avis qui lui ont été donnés.

La présence du notaire est une condition essentielle de la validité d'un acte notarié. L'art. 9 de la loi du 25 Ventôse, an XI consacrant une pratique très ancienne, exigeait la présence de deux notaires ou d'un notaire assisté de deux témoins. Cette disposition avait déjà été insérée en 1304 par Philippe le Bel dans l'ordonnance d'Amiens et, bien que renouvelée en 1437, elle était tombée en désuétude. Après la promulgation de la loi de Ventôse l'usage s'était conservé de faire signer l'acte après coup par le notaire en second ou les témoins, sans que cette pratique ait paru d'ailleurs couvrir des falsifications. Depuis la loi du 12 août 1902, la présence du notaire en second ou des témoins n'est plus exigée que pour certains actes importants tels que donation entre vifs, révocation de donation ou de testament, reconnaissance d'enfants naturels et les procurations pour consentir ces divers actes. La présence du notaire en second ou des témoins est exigée au moment de la lecture des actes par le notaire et de la signature des parties et du notaire et l'acte doit faire mention de cette présence à peine de nullité.

Le notaire doit connaître les contractants qui sont ses clients et, en recevant l'acte, il se porte garant de leur identité et de leur capacité. Lorsque les parties ne sont pas connues du notaire, ce qui est fréquent dans les villes, on peut craindre les suppositions de personne et le notaire en serait responsable ; il ne peut se mettre à l'abri de ce risque qu'en faisant attester dans l'acte l'identité et la capacité des parties par deux témoins certificateurs qui s'en portent garants.

Enfin le notaire doit être un tiers désintéressé dans les relations juridiques qu'il peut être appelé à constater. Son impartialité est une condition nécessaire de la dignité de ses fonctions ; aussi l'art. 8 de la loi du 25 Ventôse an XI, interdit aux notaires de recevoir les actes dans lesquels leurs parents ou alliés en ligne directe à tous les degrés, et en ligne collatérale jusqu'au degré d'oncle et de neveu inclusivement, seraient parties « ou qui contiendraient quelques dispositions en leur faveur ». Cette dernière expression paraît se rapporter aux parents des notaires, mais tout le monde est d'accord pour l'étendre *a fortiori* aux notaires eux-mêmes et en déduire que les notaires ne peuvent recevoir des actes où ils seraient intéressés eux-mêmes. Il est d'ailleurs parfaitement raisonnable d'interdire au notaire de rendre témoignage dans son propre intérêt.

Bien que la loi n'en dise rien, et même s'il ne doit en résulter pour lui aucun intérêt, un notaire ne peut être partie dans les actes qu'il reçoit. Il ne peut pas jouer deux rôles à la fois : certifier la présence et les déclarations d'une partie et être lui-même cette partie. autre-

ment il serait juge dans sa propre cause (1) et dans ce cas, l'acte ne vaudrait même pas comme écriture privée en sa faveur car si le notaire est partie à l'acte, il n'y a pas alors d'officier public et l'une des conditions exigées par l'art. 1318 du code civil fait défaut (2).

Les conditions imposées aux notaires pour l'exercice de leurs fonctions sont sanctionnées par la nullité des actes entachés d'irrégularité et par la responsabilité du notaire ; responsabilité d'ordre public qui entraîne l'application de peines de droit commun ou de mesures disciplinaires ; responsabilité civile en cas de dommages et fondée : soit directement sur la violation des obligations spéciales imposées par la loi aux notaires, soit sur le préjudice résultant pour les particuliers de la nullité ou de l'inefficacité des actes reçus par eux, soit en raison de fautes commises dans l'accomplissement de certaines missions dont les notaires se chargent habituellement, bien que non comprises dans l'exercice direct de leurs fonctions.

On discute beaucoup sur le principe juridique et l'étendue de cette responsabilité, qu'il nous suffise d'indiquer que la jurisprudence en fait une très large application et que les particuliers y trouvent le plus souvent un dédommagement pécuniaire réel du préjudice que pourraient leur causer les fautes ou les négligences de l'officier public auquel ils ont confié la défense de leurs intérêts.

(1) Rolland de Villargues. — Répertoire du notariat, Vo Notaire, T. VI n. 300.

(2) Laurent T. XIX 205, Aubry, Rau et Bartin, Cours de Droit civ. T. 12. P. 1022, n. 180. Civ. cass. 15 juin 1852, S. 52. I. 500 et 655. D. 53. I. 271 et 272. Req. 20 janv. 1871, S. 74. I. 110. D. 74. I. 171.

CHAPITRE III

DES CONTRATS ADMINISTRATIFS

Nous avons déjà cité (*supra*, page 14) le texte fondamental de notre sujet : l'art. 14 du décret des 23 et 28 octobre 1790, qui dispense les baux et les autres actes d'administration du ministère des notaires. L'idée générale de ce texte est que les actes de gestion peuvent être dressés par l'autorité même qui est chargée de cette gestion ; on dit alors que ces contrats sont passés en la forme administrative. C'est le sens que nous donnons ici aux termes « contrats administratifs » ou actes contractuels de gestion passés en la forme administrative (1).

Ainsi donc pour cette sorte de contrats, l'article 14 du décret du 28 octobre-5 novembre 1790 consacre une forme spéciale : la forme administrative, à laquelle il attache tous les privilèges dont jouissait alors l'acte

(1) Remarquons ici que la gestion administrative comporte des actes de disposition, non seulement des fruits et des produits, mais du fonds lui-même : aliénation, acquisition, échange accomplis dans les limites et avec les formalités imposées par les lois et règlements en vigueur. Au surplus, les termes « contrats administratifs » sont employés par La Ferrière lui-même (Traité de la Juridiction administrative et des recours contentieux T. I 2^e éd. p. 587 et s.) bien qu'il leur donne une portée un peu plus large que celle que nous indiquons ici. D'après le savant auteur, il y a lieu de distinguer, dans les contrats administratifs, trois espèces : 1^o Les contrats passés par l'administration comme propriétaire de son domaine privé, à l'égard des biens qu'elle possède en qualité de personne civile, ce sont des actes de patrimonialité, des contrats de droit commun ; 2^o ceux où l'administration agit pour la gestion des services publics et qui participent à la fois du caractère de puissance publique des personnes administratives et du caractère de patrimonialité des actes de gestion ; 3^o enfin, les actes de puissance publique ayant un caractère

notarié (force exécutoire, hypothèque générale). Le texte ne dit pas expressément que les actes passés en la forme administrative sont des actes authentiques, mais il ne peut y avoir aucun doute à cet égard en raison, d'une part, des avantages qu'il confère aux actes passés en la forme administrative qui sont précisément ceux dont bénéficiait l'acte authentique ; et d'autre part, des dispositions de l'article 14 *in fine*, qui stipule que la minute sera signée par les membres du directoire et par le secrétaire qui délivrera l'expédition. Ces termes (minute et expédition) impliquent bien une assimilation complète entre la forme administrative et la forme authentique.

Il faut donc en conclure que les actes passés en la forme administrative sont des actes authentiques qui, bien que le texte ne le dise pas expressément, feront foi jusqu'à inscription de faux, au même titre que les actes notariés.

Mais le texte de l'article 14 du Décret des 28 Octobre-5 Novembre 1700 n'a pour objet, de même que le décret tout entier lui-même, que l'administration des

contractuel. Parmi ces derniers on cite : la concession, l'affectation, la collation de fonctions et emplois publics et les contrats d'engagements militaires. Ce sont bien en effet des contrats, en ce sens qu'ils exigent, pour leur existence, l'accord des volontés et qu'ils créent des obligations, mais ils ont un objet ou une cause qui les rattache étroitement à l'exercice de la puissance publique ; aussi pratiquement l'acte qui les constate n'a pas la forme d'un contrat, mais d'un acte de puissance publique. (Décret ou arrêté préfectoral p. ex.) qui forme un contrat lorsqu'il constate l'adhésion de l'administration à la requête d'un particulier (concession) ou qui crée un lien de droit au profit d'un particulier que celui-ci transformera en contrat par son acceptation (collation de fonctions ou emplois publics). Notre étude portant sur la convention synallagmatique, qui constate l'accord des volontés, nous ne nous occuperons pas davantage ici de cette troisième sorte de contrats administratifs, qui ne se présente en pratique, que sous la forme unilatérale. V. Cp. sur les contrats d'adhésion Dollat. Thèse Paris 1905, et Haurion, notes sous les arrêts du Conseil d'Etat, 23 mars 1906. S. 1908-3-17 — 17 mai 1907. S. 1908-3-137.

biens nationaux et par conséquent ne s'applique qu'aux actes contractuels passés au nom de l'Etat.

En ce qui concerne les actes passés au nom des départements, la question n'a que peu d'intérêt car leur activité juridique est très faible. La théorie de la personnalité morale du département ébauchée seulement en 1811 n'a d'ailleurs été formellement consacrée que par la loi du 10 Mai 1838 (1) ; et, encore à l'heure actuelle, le domaine privé départemental est fort peu important. On pourrait soutenir avec apparence de raison que les actes passés, au nom du département par le préfet (2), réunissent les mêmes conditions de forme que les contrats de l'Etat et par conséquent bénéficient également de l'authenticité, mais généralement on assimile sur ce point les contrats des départements à ceux des communes. Il n'est pas à notre connaissance que les tribunaux aient eu à résoudre la question.

Au contraire, des controverses assez vives se sont élevées à propos des actes contractuels passés par les maires dans l'intérêt des communes et à cet égard diverses tendances opposées se sont manifestées au cours du XIX^e siècle.

Dans une première opinion, on admettait que les contrats passés par les maires sont des contrats de droit commun, car il faut distinguer dans les fonctions du maire celles dans lesquelles il agit en qualité de représentant de la puissance publique et celles dans lesquelles il n'agit que comme mandataire de la communauté des habitants en qualité de partie contractante.

(1) Dalloz. Code des lois politiques et administratives. T. I, p. 850.

(2) Loi 10 août 1871, art. 54, § 4.

On retrouve cette distinction nettement tracée dans deux arrêts de la Cour de Cassation.

L'un du 2 janvier 1817 (1), relatif à l'adjudication consentie par un maire à titre de ferme de la perception des droits d'étalage dans les halles et marchés, porte ce qui suit. « Considérant que cet acte n'a pas été l'exercice d'une délégation de pouvoirs faite par le gouvernement ; que l'officier municipal avec qui Lecardé (l'adjudicataire) a contracté n'a donc pas eu le caractère d'un agent du gouvernement, qu'il n'a eu que celui d'agent de la commune ; que cet acte n'est donc pas un acte administratif, qu'il n'est qu'un acte privé soumis aux mêmes règles que toutes les transactions que tous les citoyens peuvent faire entre eux, qu'il entre dans les règles du droit commun pour tout ce qui concerne son interprétation, ses effets, son étendue et ses limites... »

Par un autre arrêt du 26 juillet 1827 (2) la même cour confirme sa jurisprudence : « Attendu qu'il faut distinguer dans les actes faits par l'administration municipale ceux qu'elle fait comme agent du pouvoir et dans l'exercice de l'autorité qui lui est déléguée et ceux où elle stipule comme partie contractante dans l'intérêt de la généralité des habitants ; que dans les premiers elle prescrit, elle ordonne et qu'elle soumet par suite les contrevenants aux peines prononcées par la loi, dans les matières dont le soin et la surveillance lui sont confiés. — Qu'à l'égard des contrats, où elle intervient comme partie seulement, en agissant toute-fois dans l'intérêt de la commune, elle ne peut, ainsi

(1) S. 1817 I. 192.

(2) S. 1827. I. 503.

« que les particuliers, invoquer que les règles ordinaires
« des contrats. — Attendu qu'il convient de ranger dans
« cette dernière catégorie les actes d'adjudication des di-
« vers services publics faits par les maires... »

La plupart des auteurs partageaient alors cette manière de voir et Henrion de Pansey écrivait (1). « On a
« senti que le bail à ferme d'une propriété communale
« ou un marché pour des réparations à la maison com-
« mune, n'avaient rien qui les fit sortir de la classe des
« conventions privées, puisque le maire n'y avait figuré
« que comme le représentant du corps municipal qui, lui-
« même, n'est que le mandataire des habitants de la com-
« mune. »

Enfin l'opinion que nous exposons avait été adoptée par l'administration elle-même, dans une circulaire du ministre de l'Intérieur en date du 19 Décembre 1840 portant instruction aux préfets, au sujet du concours des notaires aux adjudications publiques de biens communaux opérées dans la forme administrative (2).

(1) Du pouvoir municipal, page 63.

(2) Dalloz J. G. V^o Commune n^o 2441 note. En raison de son importance pour notre sujet, nous croyons utile de reproduire ici les termes de cette circulaire :

Monsieur le Préfet. — Il s'est élevé des doutes, dans plusieurs départements, sur le point de savoir si, lorsque les communes procèdent à la vente de leurs biens, par voie d'adjudications publiques, elles sont tenues d'employer le ministère d'un notaire. Pour l'affirmative, on rappelait le décret du 12 août 1807 et l'ordonnance royale du 7 octobre 1818, qui prescrivent cette formalité à l'égard des baux consentis par les hospices et par les communes ; et on en inférait que la même garantie doit être exigée pour les ventes qui sont des actes plus importants. D'un autre côté, on objectait qu'aucune disposition spéciale de loi ou de règlement d'administration publique, ne rend nécessaire l'intervention d'un notaire pour la validité des actes de vente des biens communaux ; que dès lors, il convient dans un grand nombre de cas d'éviter aux communes des frais, qui, en définitive, retomberaient sur elles ; qu'au surplus les adjudications passées sous la forme administrative ont une force d'exécution égale à celle des actes notariés et qu'ainsi le concours d'un notaire n'ajouterait rien, sous ce point de vue, à la garantie des intérêts communaux — Cette dernière opinion paraît la plus exacte sauf toutefois en ce qui concerne la force exécutoire qu'elle attribuerait aux

Néanmoins, malgré les termes formels de cette circulaire, on rencontre aux environs de 1840, plusieurs textes sur lesquels l'administration s'est basée pour effectuer un revirement complet de sa doctrine. Ces textes sont les articles 10 et 16 de la loi du 18 Juillet 1837 sur l'organisation municipale et l'article 56 de la loi du 3 Mai 1841 sur l'expropriation pour cause d'utilité publique.

L'article 10 de la loi du 18 Juillet 1837 qui forme aujourd'hui l'article 90 de la loi du 5 Avril 1884 portait : « Le maire est chargé sous la surveillance de l'administration supérieure. 1° De la police municipale... 6° De « souscrire les marchés, de passer les baux des biens

adjudications communales. — En effet si, d'une part, l'intervention des notaires est utile en général, à raison de la connaissance particulière qu'ils ont des règles du droit civil en matière de contrats ; d'une autre part, on doit reconnaître qu'aucune disposition de loi ou de règlement ne fait de cette intervention une condition essentielle de la validité des ventes communales. C'est pourquoi, dans la pratique, les corps municipaux sont laissés libres d'appeler un notaire ou de s'en passer suivant les circonstances de chaque aliénation, à moins que l'autorité supérieure, en accordant la permission de vendre, ne juge nécessaire, soit à cause de l'importance des biens, soit par tout autre motif, d'y attacher la condition de passer l'acte par devant notaire, afin qu'il protège mieux les intérêts de la commune venderesse. Mais, parmi les raisons de dispenser les communes du ministère des notaires, on ne doit pas admettre comme incontestable la doctrine mentionnée ci-dessus tendant à attribuer aux simples procès-verbaux d'adjudication dressés par les maires, force d'exécution parée.

Cette doctrine, qui a pu prévaloir à une époque déjà ancienne où quelques-unes des dispositions de loi relatives à la vente des biens nationaux étaient réputés applicables à l'aliénation des propriétés communales, ne saurait se soutenir aujourd'hui en présence des lois diverses qui soumettent au droit commun, les actes de propriété faits par les corps municipaux. En présence surtout de l'art. 545, c. pr. cv. d'après lequel « nul jugement ni acte ne peut être mis à exécution, s'ils ne portent le même intitulé que les lois, et ne sont terminés par un mandement aux officiers de justice, conformément à l'article 146 ». D'ailleurs la jurisprudence en vigueur, d'accord sur ce point avec les auteurs les plus recommandables, établit que, lorsque les maires procèdent à une adjudication de biens communaux, ils n'ont point le caractère d'agents de la puissance publique ; qu'ils font seulement un acte de gestion communale, et que l'approbation donnée à ces adjudications, par l'autorité supérieure, n'est elle-même qu'un acte de simple tutelle qu'on ne saurait assimiler aux jugements ni aux actes notariés importants, exécution parée. — Ce n'est donc pas dans la nature et la forme des adjudications consenties administrativement au nom des communes,

« et les adjudications des travaux communaux dans les
« formes établies par les lois et règlements. 7° De sous-
« crire dans les mêmes formes les actes de vente,
« échange, partage, acceptation de dons ou legs, acqui-
« sition, transaction, lorsque ces actes ont été autorisés
« conformément à la présente loi. »

L'art. 16 de la même loi, aujourd'hui art. 89 de la loi de 1884, était ainsi conçu : « Lorsque le maire procède
« à une adjudication pour le compte de la commune, il
« est assisté de deux membres du Conseil municipal dé-
« signés d'avance par le Conseil, ou à défaut, appelés
« dans l'ordre du tableau ; le receveur municipal est
« appelé à toutes les adjudications. Toutes les difficultés
« qui peuvent s'élever sur les opérations préparatoires de
« l'adjudication, sont résolues, séance tenante, par le
« maire et les deux conseillers municipaux assistants, à
« la majorité des voix, sauf le recours de droit. »

que les corps municipaux peuvent puiser une sorte de privilège pour en obtenir plus promptement l'exécution forcée.

Dépourvus du caractère spécial imprimé aux contrats passés devant notaire, on ne doit voir dans les procès-verbaux de ces adjudications, que des contrats ordinaires, équivalents à de simples actes sous seings privés ; conséquemment susceptibles de tous les inconvénients attachés aux contrats de cette espèce en cas de difficulté sur leur exécution.

Cependant une règle nouvelle introduite par la loi du 18 Juillet 1837 peut suppléer jusqu'à un certain point au défaut de force exécutoire des actes de vente consentis par les communes sans le concours d'un notaire. Je veux parler de l'article 63 de cette loi ainsi conçu : « Toutes les recettes municipales pour lesquelles les lois et règlements n'ont pas prescrit un mode spécial de recouvrement, s'effectuent sur les états dressés par le maire. — Ces états sont exécutoires après qu'ils ont été visés par le sous-préfet. Les oppositions, lorsque la matière est de la compétence des tribunaux ordinaires, y sont jugées comme affaires sommaires, et la commune peut défendre sans autorisation du Conseil de préfecture ». En vertu de cette disposition, si un adjudicataire refusait ou négligeait de payer au terme fixé le prix du bien communal, le maire pourrait obtenir un titre exécutoire sans recourir aux tribunaux, et le recouvrement forcé du prix s'effectuerait de la même manière que si la commune avait un contrat notarié, sauf les oppositions que le débiteur aurait la faculté de former.

Je vous prie, Monsieur le Préfet, d'adresser des instructions, en ce sens à MM. les Maires de votre département...

Signé : T. DUCHATEL.

Enfin l'art. 56 de la loi du 3 Mai 1841, aujourd'hui encore en vigueur, stipule qu'au cours d'une procédure d'expropriation pour cause d'utilité publique et en cas de cessions amiables d'immeubles. « Les contrats de vente, « quittances et autres actes relatifs à l'acquisition des « terrains, peuvent être passés en la forme des actes administratifs. La minute restera déposée au secrétariat « de la préfecture, expédition en sera transmise à l'administration des domaines. »

Ce dernier texte, à la vérité, ne parle pas des actes passés par les maires, mais bien de ceux passés par les préfets et il établit une analogie entre les actes reçus par les préfets au cas d'expropriation pour cause d'utilité publique et les contrats passés par eux au nom de l'Etat. Néanmoins on admet généralement que le préfet, conformément aux dispositions des articles 8 et 12 de la loi du 28 Pluviôse an VIII, peut déléguer ses pouvoirs aux maires et les charger de recevoir en son lieu et place les cessions amiables (1). Ce texte ne dit pas expressément, que les actes de cession seront authentiques, mais il ne peut y avoir doute à cet égard, en raison de l'analogie que présentent ses termes avec ceux du décret du 28 oct.-5 nov. 1790 (art. 14) et de la remarque que nous avons déjà faite de l'emploi des mots : *minute* et *expédition* ; s'il s'était agi d'actes privés il aurait fallu dire *originaux*. Il semble donc bien que le législateur de 1841 ait voulu assimiler les actes de cession amiable, aux actes passés conformément au décret de 1790, en ce qui concerne la forme authentique (2).

(1) En ce sens. Crépon. Code annoté de l'expropriation sous l'art. 56, N° 2. De Lalleau Jousselin Rendu et Périn. — Traité de l'expropriation. T. 2. N° 671.

(2) Cf. Dufour. Traité de Droit administratif appliqué T. V. N° 366. — Crépon op. cit. N° 3. — De Lalleau, op. cit. N° 672.

S'appuyant sur ces textes et sur l'art. 1317 du Code civil, une décision du ministre de l'Intérieur, rendue au cours de l'année 1860, reconnaît le caractère d'authenticité à tous les contrats reçus par les maires dans l'intérêt des communes (1) et depuis lors cette opinion paraît avoir été adoptée sans difficulté par la plupart des auteurs.

Aucoc (2) dans ses conférences s'exprime ainsi : « On « pense ordinairement quand on lit cet article (l'art. 1317 « du Code civil) aux notaires chargés de dresser les conventions entre parties. Mais il ne faut pas oublier que « les maires, les préfets, sont aussi des officiers publics et « qu'ils ont parfaitement qualité pour donner l'authenticité à un acte... »

Monsieur Romieu, dans le commentaire d'une décision du Conseil d'Etat du 28 janvier 1887 (3) par laquelle le Conseil a reconnu implicitement la force de l'authenti-

(1) Bulletin officiel du ministère de l'Intérieur. Année 1860, p. 207.
« D'après les dispositions combinées du Code Napoléon (art. 1317), de la « loi du 18 Juillet 1837 (art. 10 et 16) et de celle du 3 Mai 1841, art. 56 « il semble que les maires aient qualité pour donner le caractère de l'authenticité aux actes qu'ils passent en la forme administrative au nom « et dans l'intérêt des communes, lorsqu'ils procèdent, non seulement « aux adjudications ou aux acquisitions déclarées d'utilité publique, « mais encore aux autres acquisitions à titre onéreux, aux marchés, ventes, échanges ou transactions... »

(2) Conférences sur l'administration et le droit administratif, 2^e Edition. T. II. N^o 530.

(3) S. 1888. 3. 36. — Dans cette espèce, la commune d'Estivaux s'était pourvue, devant le Conseil d'Etat, contre un arrêté du 12 Octobre 1886, par lequel le Conseil de préfecture de la Corrèze avait décidé que le décompte des travaux exécutés par M. Cheyroux pour la construction de la maison d'école serait réglé sur un rabais de un pour cent. La commune avait articulé que le rabais consenti par M. Cheyroux, était en réalité de cinq pour cent, que si ce chiffre n'avait pas été porté sur le procès-verbal d'adjudication, lequel mentionnait un rabais de un pour cent, c'était par suite d'une fraude imputable à un secrétaire condamné postérieurement pour avoir commis plusieurs faux.

Elle avait produit, à l'appui de son affirmation, les déclarations de plusieurs conseillers municipaux qui avaient participé aux opérations de l'adjudication et deux certificats de paiement portant la signature de M. Cheyroux et visant un rabais de 5 pour cent et elle avait demandé

cité au procès-verbal, dressé par un maire, d'une adjudication de travaux publics au rabais, adopte également cette opinion.

« Il est bien évident, écrit Monsieur Romieu (1), que
« si certains actes de l'Etat ou d'autres établissements
« publics, ont été dispensés du ministère des notaires,
« c'est pour qu'ils puissent avoir, malgré l'absence de
« cette formalité, toute la valeur qu'ils auraient s'ils
« étaient passés devant ces officiers ministériels. On ne
« comprendrait pas que l'Etat privât les communes dont
« il est le tuteur et se privât lui-même des avantages
« que présente l'acte authentique. Comment admettre
« qu'un acte de bail des biens de l'Etat, par exemple,
« pût n'avoir que la force probante des actes sous seings
« privés et que les titres de vente nationale pussent ne
« valoir que jusqu'à preuve contraire. De même, que
« signifierait l'art. 56 de la loi du 3 mai 1841, fait en
« vue de favoriser les cessions amiables, s'il n'offrait
« aux vendeurs et aux établissements publics acqué-
« reurs, que la garantie illusoire d'un acte dont les énon-
« ciations pourraient être contredites à toute occasion ?
« La dispense du ministère des notaires doit, sous peine
« des conséquences les plus graves, avoir pour effet de
« transférer le pouvoir de ces officiers publics aux autres

à prouver de ce chef l'inexactitude du procès-verbal qui n'avait pas dit-elle le caractère d'un acte authentique.

Le Conseil d'Etat,

Vu. La loi du 28 Pluviôse an VIII, art. 4.

Vu l'art. 1319 du Code civil.

Considérant que les éléments d'appréciation produits par la commune, ainsi que la preuve par elle offerte, ne sauraient prévaloir contre les énonciations du procès-verbal d'adjudication ; que dès lors, elle n'est pas fondée à se plaindre de ce que, par l'arrêt attaqué, le Conseil de Préfecture ait réglé le décompte d'après un rabais de un pour cent porté audit procès-verbal.

Art. 1^{er}. La requête de la commune d'Estivaux est rejetée.

(1) Revue générale d'administration, année 1887. T. I. p. 297.

« officiers publics que la loi charge exceptionnellement
« de les remplacer dans un but de simplification et
« d'économie... »

Monsieur Brémont (1) estime que ces actes réunissent les conditions exigées par l'art. 1317 parce que l'agent administratif qui dresse un acte de gestion est incontestablement un officier public et, s'il agit dans la limite de ses pouvoirs et qu'il observe les formalités prescrites, l'acte qu'il signe rentre dans la définition de l'art. 1317 et M. Brémont ajoute : « Vainement on tire argument
« dans l'opinion contraire, de ce que l'agent administra-
« tif, dans ces sortes d'actes, ne représente que la per-
« sonne privée de l'administration. L'observation est
« exacte, mais ne porte pas, car l'agent n'en reste pas
« moins fonctionnaire. Lorsque le maire gère les biens
« de la commune, il ne cesse pas pour cela d'être maire,
« il réunit en sa personne deux qualités : celle de dépo-
« sitaire de la puissance publique et celle de représen-
« tant des intérêts privés de la commune. La dernière
« qualité n'efface pas la première, de sorte que, même
« quand il fait un acte de gestion, le maire est incon-
« testablement un officier public et que par suite, sa
« signature donne aux baux ou autres contrats qu'il
« dresse le caractère et la force probante des actes
« authentiques. »

D'excellents auteurs, sans entrer dans le détail de la question, admettent sans réserve l'opinion du ministre de 1860 dont nous avons rapporté la décision (2).

(1) L'authenticité des actes passés en la forme administrative. *Revue critique de législation et de jurisprudence*, année 1898. T. XXVII, p. 40 et suiv.

(2) Morgand. *La loi municipale*, 9^e Ed. T. I, n^{os} 737-765. — Hauriou. *Précis de Droit administratif*. Ed. 1921, p. 42. — Block. *Dictionnaire d'administr.* V^o Contrat adm. N^o 25.

Enfin on estime que la Cour de Cassation elle-même a consacré cette opinion par un arrêt du 14 juin 1895 (1), dont les termes paraissent formels : « Attendu, dit l'arrêt, « qu'un acte est authentique lorsqu'il a été reçu par un « officier public compétent avec les solennités requises. « Attendu que les maires sont des officiers publics et que « la loi du 5 avril 1884 (art. 89) leur attribue formellement compétence pour procéder à la mise en adjudication publique de la jouissance des biens appartenant à la commune... que le procès-verbal constatant l'adjudication d'un bail qui ne dépasse pas 18 ans, dressé par le maire, sur le territoire de la commune, est un acte complet qui n'a besoin d'emprunter à aucune autorité sa force juridique. Qu'il est authentique, si d'ailleurs les formalités prescrites par la loi ont été observées... »

Les auteurs et la jurisprudence seraient donc bien fixés pour reconnaître l'authenticité des contrats passés par les maires en la forme administrative.

Toutefois il est permis de penser que les partisans nombreux de cette opinion ont écarté à tort l'avis d'un jurisconsulte très recommandable et qui paraît avoir été injustement oublié. Serrigny écrit dans son *Traité de l'organisation de la compétence et de la procédure en matière administrative* (2) : « On ne peut refuser le caractère d'authenticité, en présence des dispositions de l'art. 1317, Code civ., à ceux de ces actes reçus en vertu de l'art. 16 de la loi du 18 juillet 1837; s'ils étaient entachés de faux ce serait un faux en écritures publiques... Quant aux actes reçus par les maires pour constater une

(1) D. 95. I. 460.

(2) Ed. 1865. T. II. p. 529.

« convention amiable, il me semblerait difficile d'y voir
« un caractère authentique, puisque aucun texte ne donne
« aux maires le pouvoir de recevoir ces actes... »

Dans un autre passage que nous citons plus loin, cet auteur assimile, au point de vue de l'authenticité, les actes reçus par les maires, soit en vertu de l'article 56 de la loi du 3 mai 1841, soit en vertu de l'article 16 de la loi du 18 juillet 1837 (aujourd'hui art. 89. L. du 5 avril 1884) et dans sa pensée les seuls actes reçus par les maires en vertu de ces textes peuvent prétendre à l'authenticité. Nous ne sommes pas éloignés de penser que c'est la solution la plus juridique qui puisse être donnée de la question.

Remarquons d'abord que la décision du Conseil d'Etat du 28 janvier 1887 et l'arrêt de Cassation du 14 juin 1895, ne sont en rien contraires à cette doctrine ; ces deux décisions ayant affirmé l'authenticité des procès-verbaux d'adjudication dressés par les maires dans les formes de l'art. 89 de la loi du 5 avril 1884.

L'arrêt de Cassation précité vise même formellement l'art. 89 et non l'art. 90 sur lequel s'appuient les partisans de la compétence générale des maires ; et la Cour de Dijon, statuant dans la même affaire (1), par suite du renvoi, a nettement précisé la doctrine de la cour suprême : « Attendu, dit ce dernier arrêt, qu'aux termes de
« l'art. 1317 C. C. tout acte authentique est celui qui
« est reçu par un officier public, ayant le droit d'instru-
« menter dans le lieu où l'acte est rédigé avec les solen-
« nités requises. Attendu qu'un maire est un officier
« public auquel la loi du 5 avril 1884 en son art. 89,
« attribue formellement compétence pour procéder à la

(1) Dijon 24 Juin 1896. — D. 97. 2. 437.

« mise en adjudication publique de la jouissance des
« biens communaux. Que le procès-verbal d'adjudication
« rédigé dans ces conditions par le maire est un acte
« authentique qui doit être dressé avec les solennités
« prescrites par la loi. Attendu que la présence de deux
« conseillers municipaux, assistant le maire dans les
« opérations de l'adjudication, est une solennité expres-
« sément exigée par l'art. 89 de la loi du 5 avril 1884.
« Que cette formalité essentielle n'a pas été seulement
« édictée dans l'intérêt exclusif de la commune, comme
« une mesure de tutelle administrative, mais pour assu-
« rer au regard de tous *la publicité, la régularité et la*
« *sincérité des opérations...* Qu'il n'est pas contesté que
« le maire a procédé à l'adjudication en l'absence des
« deux conseillers municipaux et que dès lors l'omission
« de cette formalité solennelle, requise par la loi de 1884,
« entraîne de plein droit, aux termes de l'art. 1317
« C. civil, la nullité de l'acte d'adjudication constituant
« un véritable contrat de Droit civil. Que ledit acte ne
« saurait davantage valoir comme acte sous signatures
« privées, n'étant pas revêtu de la signature de Mercier,
« l'une des parties contractantes ».

Ainsi la Cour de Dijon, interprétant la loi de 1884, déclare que les actes d'adjudications, passés en dehors des formes de l'art. 80, sont dépourvus d'authenticité et, par voie de déduction, il y aurait lieu d'en conclure que la loi a entendu refuser également le caractère d'authenticité aux contrats passés de gré à gré, en vertu de l'art. 90, puisqu'il est de règle en droit administratif, que l'adjudication est le procédé qui offre le plus de garantie de sincérité et doit toujours être préféré aux contrats et marchés de gré à gré. Que dès lors, on ne

peut vraiment soutenir que le maire, incapable de procéder seul à une adjudication en forme authentique, ait qualité pour dresser en cette forme un contrat de gré à gré.

Si maintenant nous examinons au point de vue dogmatique l'opinion de la circulaire ministérielle de 1860 et les arguments indiqués par les auteurs à l'appui de cette opinion, nous ne trouvons pas davantage de motifs décisifs pour accorder le privilège de l'authenticité à l'ensemble des contrats passés par les maires.

En matière d'actes contractuels, en effet, les officiers publics qui ont reçu compétence générale sont les notaires (1). Ils la tiennent de la loi du 25 Ventose an XI qui porte que « les notaires sont les fonctionnaires publics établis pour *recevoir tous les actes et contrats* auxquels les parties veulent donner le caractère d'authenticité (art. premier).

Pour réunir les conditions de l'art. 1317 C. civil, les autorités administratives doivent avoir reçu, d'un texte spécial, compétence à l'effet de dresser les contrats authentiques : faute de ce texte, la condition de compétence prescrite par l'art. 1317 fait défaut. En ce qui concerne les contrats passés au nom de l'État, ce texte existe, c'est l'article 14 du décret du 28 oct.-5 nov. 1790, qui donne mission aux membres des directoires de département et de district (aujourd'hui les préfets) de recevoir des contrats authentiques.

Mais, et c'est là le raisonnement de Serrigny, en dehors des articles 56 de la loi du 3 mai 1841 et 16 de la loi du 18 juillet 1827, les maires ne peuvent trouver dans aucun texte de loi la source d'une compétence spé-

(1) Aubry, Rau et Bartin. T. XII, p. 158.

ciale qui leur permette d'instrumenter au même titre que la loi de Ventôse le permet aux notaires.

La circulaire du Ministre de l'Intérieur de 1860 et, avec elle, les auteurs que nous avons cités, fondent la compétence des maires sur l'art. 10 de la loi du 18 juillet 1837, aujourd'hui art. 90 de la loi du 5 avril 1884, dont nous avons rapporté plus haut les termes ; mais il importe de ne pas se méprendre sur le sens de ce texte. Nous croyons avec Serrigny qu'il charge uniquement les maires de représenter la commune dans les contrats qu'elle passe avec les particuliers ou avec les autres personnes administratives. On aurait pu penser que la commune devait être représentée par le Conseil municipal tout entier ou par un ou plusieurs de ses membres délégués par lui à cet effet : l'art. 90 tranche la question et dit que le maire représente la commune dans les contrats, en ce sens que la signature du maire engage la personne administrative qui est la commune.

Ainsi entendu il n'y a rien dans ce texte qui permette de donner au maire compétence à l'effet de recevoir en forme authentique les actes intéressant la commune : c'est absolument comme si on voulait soutenir que les actes passés, au nom d'une société en vertu des statuts, par le président du Conseil d'administration ou par le gérant, seront authentiques si ce dernier est maire de sa commune.

Il semble d'ailleurs que cette interprétation de texte soit conforme à l'esprit de ses rédacteurs.

Le projet du gouvernement en 1837 portait en effet dans l'art. 10 : « Le maire est chargé de faire les marchés... » Un député (M. Liadères) fit observer que le maire ne fait pas des actes, il consent des actes. Sur

cette observation et à l'unanimité, le mot *faire* a été remplacé par celui de *souscrire* qui figure au texte.

M. Romieu (1) qui a eu connaissance de ce détail, écrit qu'il pouvait y avoir doute sous l'empire de la loi de 1837 en raison de la rédaction du texte de l'art. 10 dont les paragraphes 6 et 7 donnent au maire, le droit de *passer* les baux des biens et les adjudications de travaux et de *souscrire* les autres actes ; mais, ajoute l'auteur : « La question ne se pose plus depuis la nouvelle
« loi du 5 avril 1884 dont l'article 90 attribue aux mai-
« res en termes exprès le droit de passer, outre les baux
« et les adjudications de travaux, les actes de vente, par-
« tage, acceptation de dons ou legs, acquisition ou tran-
« saction. »

Le fait est exact, mais nous croyons que les rédacteurs du texte n'y avaient pas attaché l'importance que lui accorde M. Romieu. En effet, outre d'abord que nous n'apercevons pas bien la différence considérable que l'on veut faire entre les mots « *souscrire* » et « *passer* », il faudrait accuser le législateur d'une bien grande préméditation pour avoir mis si peu de nuance entre les deux textes, alors que ceux que nous avons rencontrés jusqu'ici (art. 14 du décret de 1790 et 56 de la loi du 3 mai 1841) sont conçus en termes si clairs, qu'ils ne laissent aucun doute sur l'authenticité des actes dont ils sont l'objet.

Au surplus le texte lui-même résiste au sens qu'on veut lui donner, car il attribuerait aux maires le droit de dresser sous forme de contrats authentiques, non seulement les actes de vente et de partage, mais aussi les actes d'acceptation de donation, et même les actes de

(1) Op. cit. p. 302.

donation au profit de la commune, contrairement aux règles formelles des art. 931 et 932 C. civ. que la loi de 1884 n'aurait pas écartés sans s'en expliquer (1). Cet argument qui vaut, aussi bien pour la loi de 1837 que pour la loi de 1884, est une preuve de plus à notre avis, que cette dernière loi n'a jamais eu l'intention de conférer aux maires une compétence quelconque à l'effet de donner l'authenticité aux actes passés par eux.

Une autre opinion admet que, puisque les maires peuvent donner l'authenticité aux actes reçus par eux en vertu de l'article 89 de la loi du 5 avril 1884 ou de l'art. 56 de la loi du 3 mai 1841, rien ne s'oppose à ce que cette règle particulière soit étendue à tous les actes auxquels ils participent.

Il nous suffira, pour faire apparaître la faiblesse de ce raisonnement, de rappeler que la compétence générale en matière de contrats appartenant aux notaires, les autres officiers publics ne peuvent avoir à cet effet, qu'une compétence spéciale et qu'un texte de loi est nécessaire pour la leur donner.

(1) L'art. 90 de la loi de 1884 ne parle que des actes d'acceptation de donation et non des actes de donations ; c'est apparemment parce que la commune ne fait pas de dons, mais en reçoit. Généralement le maire accepte une donation ou un legs par voie d'arrêté, en vertu d'une délibération du Conseil municipal et même à titre conservatoire, avant que le Conseil municipal en ait connu. Mais ici, il s'agit d'un acte d'acceptation passé en forme de contrat et le texte vise l'hypothèse où le maire intervient soit à un acte de donation et l'accepte provisoirement au nom de la commune, soit à l'acte par lequel les héritiers du testateur font délivrance d'un legs à la commune au nom de laquelle le maire, dûment autorisé à cet effet, accepte le legs et en donne décharge aux héritiers. Dès lors, si l'on admet que l'art. 90 confère le bénéfice de l'authenticité aux actes des maires, on est conduit à admettre également que, dans l'hypothèse où le maire intervient dans un acte de donation pour accepter provisoirement la libéralité faite à la commune, cet acte pourrait être valablement établi entre le donateur et le maire sans l'intervention d'un notaire. Peut-être consentira-t-on à faire appeler deux témoins ou à conseiller au maire de se faire assister par un second notaire?... En tous cas on voit, par ces conséquences certainement inattendues, combien le texte s'oppose au sens qu'on voudrait y attacher.

Qu'au surplus, admettre l'authenticité de tous les contrats passés par les maires dans l'intérêt des communes, c'est conclure du particulier au général et faire de l'exception la règle. Autant vaudrait dire que ces actes emportent l'exécution parée, parce que l'art. 28 du code forestier a attaché cet effet aux adjudications de coupes de bois, faites dans la forme administrative.

Reste l'opinion de M. Brémont qui tire argument de la co-existence dans la personne du maire de deux qualités : celle de dépositaire de la puissance publique et celle de représentant des intérêts privés de la commune, pour faire rentrer les actes des maires dans la définition de l'art. 1317 C. civ.

Mais cette co-existence serait plutôt de nature à nous éloigner d'une telle conclusion, si nous la rapprochons des règles qui sont imposées aux officiers publics et spécialement aux notaires dans la rédaction de leurs actes. Nous avons vu, en effet, en commentant l'art. 8 de la loi du 25 Ventôse an XI (*supra*, page 29), qu'il est interdit aux notaires de recevoir des actes dans lesquels ils seraient parties ou intéressés. Ce principe, que justifie l'adage : *Nemo testis idoneus in re sua*, est susceptible de nombreuses applications ; et il n'est pas besoin d'aller bien loin pour voir que la co-existence des fonctions en la personne du maire ne tend qu'à rétablir au profit de ces fonctionnaires la situation qui est interdite aux notaires et que tout le monde condamne.

Assurément le maire n'est pas personnellement intéressé dans les contrats qu'il passe au nom de la commune. Il n'en est pas moins vrai qu'il est partie au contrat et que comme tel il est appelé à dresser acte de ses propres actions, dires et affirmations ; et c'est de cette

situation qui paraîtrait si choquante pour un notaire que l'on prétend tirer argument en faveur de la compétence des maires !... Il y a là une anomalie qui n'a pas échappé à l'administration elle-même, puisqu'une circulaire du ministère de l'Intérieur prescrit aux maires, qui rédigent un acte comme faisant office de notaire, de déléguer un adjoint pour représenter la commune (1). Ajoutons d'ailleurs que cet expédient pour sortir d'un mauvais pas nous paraît fort critiquable, en tous cas totalement inefficace ; et pour s'en rendre compte, il suffit d'examiner l'hypothèse parallèle dans laquelle un notaire, chargé de représenter une partie dans un acte, par exemple en vertu d'un mandat, déléguerait ses pouvoirs à un tiers et recevrait l'acte en qualité de notaire, éludant ainsi l'empêchement résultant de son intervention en qualité de mandataire. Au cas particulier de mandat il y a substitution de mandataire. Les auteurs, qui examinent la validité de cette opération (2), s'accordent à reconnaître que la substitution de mandataire n'est permise que lorsqu'elle émane du mandant lui-même, car alors le notaire se trouve totalement déchargé du mandat primitif. Au contraire, si la substitution est consentie par le notaire à un tiers, le notaire reste responsable envers le mandant des actes du mandataire substitué et, par le fait même de cette responsabilité, l'acte auquel il se trouve indirectement intéressé tombe sous le coup de la prohibition de l'art. 8 de la loi de Ventôse.

La délégation de pouvoir par le maire est prévue par la loi dans deux hypothèses. L'une spéciale est fondée sur l'art. 83, loi du 5 avril 1884 qui se réfère au cas

(1) Morgand : *Loi municipale*, T. 1, n° 784. — *Bull. Min. Int.* 1859— 109.

(2) Notamment Roland de Villargues. *Rep. du not.* V° substit. de not. Dalloz. *Rep.* V° Notaire, N° 399.

où il y a opposition d'intérêts entre le maire et la commune ; par exemple au cas où le maire céderait à la commune un de ses immeubles ou prendrait à bail ceux de la commune pour moins de 18 ans en exécution d'une décision du conseil municipal, conformément à l'art. 68 de la loi de 1884. Cette délégation est impérative et nécessaire, car alors le maire aurait à traiter avec lui-même ; mais ce n'est pas sur ce texte qu'est fondée la délégation qui nous occupe, puisque dans notre hypothèse les intérêts du maire sont non contraires, mais plutôt joints à ceux de la commune. La délégation dont s'agit ne peut donc être fondée que sur l'art. 82 de la loi du 5 avril 1884 qui porte que le maire est seul chargé de l'administration, mais peut *sous sa surveillance et sa responsabilité* déléguer par arrêté, une partie de ses fonctions à un ou plusieurs de ses adjoints (1). Ainsi, aux termes de la loi, le maire est responsable des actes de l'adjoint auquel il délègue ses pouvoirs, de même que le notaire est responsable de ceux du mandataire qu'il se substitue et il semble bien que les principes généraux qui ont conduit les auteurs à prohiber le stratagème de la substitution pour éluder les dispositions de la loi de Ventôse, permettent de condamner le procédé de la délégation employé pour parer à l'objection née de la co-existence des fonctions en la personne du maire. Condamnation toute platonique d'ailleurs disons-le, puisque ni cette co-existence de fonctions, ni la délégation qui prétend y remédier, ne sont une cause de nullité des actes des maires auxquels la loi de Ventôse n'est pas applicable. Constatons toutefois le défaut de cette situation et reconnaissons qu'il est diffi-

(1) Berthélemy : Traité de Droit adm. Ed. 1920, p. 221.

cile de fonder ici le principe de l'authenticité sur le vice qui, par ailleurs, en cause indubitablement la perte.

Et ceci nous amène à constater qu'en dehors des formalités spéciales édictées par les textes que nous avons rencontrés (art. 14 du décret de 1790 ; art. 56, loi du 3 mai 1841 et art. 89, l. du 5 avril 1884), il n'existe aucune disposition législative réglant les formes et conditions de l'authenticité des contrats passés en la forme administrative. D'autre part, et bien qu'ils aient eux-mêmes avantage à les observer, les dispositions de la loi de Ventôse ne s'imposent pas aux fonctionnaires administratifs, lorsqu'ils remplissent l'office de notaire. Dès lors, ils ne sont astreints à aucune règle spéciale pour la rédaction, la conservation et la communication des actes, ils ne sont pas tenus de s'assurer de l'identité des parties et ne sauraient être rendus responsables des suppositions de personnes. Ils n'ont pas à remplir les formalités, ni à justifier des capacités requises pour l'accès aux fonctions de notaire et n'ont pas à verser de cautionnement. S'ils sont, comme tout fonctionnaire, tenus au secret professionnel, ils ne sont point astreints à l'obligation de conseiller les parties ni aux défenses faites aux notaires en vue d'assurer leur impartialité.

Enfin, lorsque par leur faute, ils occasionnent dans l'exercice de leur fonction, un dommage aux particuliers, leur responsabilité est déterminée par les règles du droit administratif ; ce qui peut aboutir notamment à faire indemniser la victime par la personne administrative et non par le fonctionnaire qui la représentait, ce qui est fâcheux ; ou encore à entraver les poursuites de la victime qui risque de n'être pas indemnisée, ce qui est plus regrettable encore.

« Chez nous, écrit Serrigny, (1) pour les ventes de biens
« communaux qui se font amiablement, sans concurren-
« ce ni publicité, c'est le maire seul qui, dans la pra-
« tique, reçoit l'acte et constate la convention entre la
« commune et l'autre partie qui se rend acquéreur. Il
« en garde minute, sans que l'acquéreur ait aucune
« preuve de la convention, si ce n'est l'expédition qui
« pourra lui être délivrée ultérieurement. D'après cette
« pratique illégale qui ne repose ni sur la loi, ni sur
« un règlement quelconque en dehors des cas prévus par
« l'art. 16 précité (l. du 18 juillet 1837) et par l'art. 56
« de la loi du 3 mai 1841, la minute reste pendant un
« temps indéfini entre les mains du maire, qui pourrait
« la supprimer ou l'altérer, sans que l'autre contractant
« pût fournir la preuve de l'existence du contrat. Cette
« partie est donc à la merci d'un de nos 37.000 maires,
« car l'acte ainsi rédigé n'offre ni la garantie des actes
« notariés dont la minute reste au notaire qui est un
« tiers désintéressé, ni celle des actes synallagmatiques
« sous seings privés, dont un double reste en la posses-
« sion des intéressés.

(1) Op. cit. p. 533.

DEUXIÈME PARTIE

Effet général de l'authenticité : La force probante Privilèges attachés à certains actes authentiques

CHAPITRE PREMIER

LA FORCE PROBANTE

Ayant examiné l'origine et les conditions de l'authenticité des contrats, nous devons étudier maintenant les conséquences qui découlent de cette authenticité.

La première de toutes et la plus générale c'est la force probante qui accompagne l'authenticité dont elle est le corollaire immédiat ; c'est elle qui forme le caractère le plus saillant des actes authentiques et les place dans une situation juridique bien supérieure à celle des actes sous seings privés. En raison de ce caractère général, la force probante se présente avec les mêmes modalités dans la plupart des actes authentiques et notamment, en ce qui concerne les contrats administratifs et les contrats notariés, les effets en sont identiques. Nous ne nous y arrêterons donc que peu de temps, nous contentant d'énoncer simplement les principes dominants communs à nos

Pour donner la limite de la force probante, on dit que l'acte authentique fait foi jusqu'à inscription de faux (art. 1319 Code civil) ce qui signifie que l'acte authentique et les énonciations qu'il contient sont tenus pour deux sortes de contrats.

vrais et qu'on ne peut les contester qu'au moyen de l'inscription de faux : procédure spéciale, compliquée et dangereuse pour celui qui l'emploie car, s'il y succombe, il encourt une amende qui ne peut être inférieure à trois cents francs indépendamment des dommages-intérêts auxquels il peut être condamné au profit de son adversaire (1).

La force probante porte donc sur deux points bien distincts. Elle s'attache d'abord à l'acte lui-même, à son identité, peut-on dire ; elle porte ensuite sur les énonciations qui y sont contenues.

« Acta probant se ipsa » disait Dumoulin (2), l'acte authentique fait donc foi sur les simples apparences de l'authenticité et indépendamment de toute reconnaissance ou vérification préalable des signatures des parties. Cette solution est indispensable à la théorie de l'acte authentique, bien que non écrite dans les textes.

« Il y est question de l'acte authentique, écrit Colmet de Santerre (3), et par conséquent la loi sous-entend que l'acte dont elle s'occupe émane d'un officier public, qu'il satisfait aux conditions de l'art. 1317 et que cela n'est pas douteux. Mais il peut exister de grandes difficultés de fait sur ce point. Le porteur de l'acte allègue qu'il émane d'un officier public et revendique pour cet acte la force attachée à l'acte authentique ; l'adversaire conteste et prétend que l'acte n'a pas été dressé par un officier public. Si, pour don-

(1) Art. 246-248. C. proc. civ. — L'amende est encourue de droit par le demandeur qui succombe et il ne pourrait y échapper par un désistement volontaire ou, *a fortiori*, s'il avait été déchu de sa demande pour défaut d'observation des formalités légales, mais il suffit que la pièce contestée, sans avoir été positivement déclarée fausse, ait été rejetée ou même qu'un faux partie l'ait été constaté pour que l'amende ne soit pas encourue.

(2) Commentaires sur la coutume de Paris, Tit. I, § VIII, n° 8, *in fine*.

(3) Cours analytique de code civil. Édit. 1883, T. V., p. 517.

« ner force à cet acte, on cherche à s'appuyer sur
« l'art. 1318 il est clair qu'on fait un cercle vicieux,
« car l'article s'appliquera aux actes authentiques et la
« question est précisément de savoir si l'acte est authen-
« tique. Il faut donc, avant de prendre l'article 1318
« pour point de départ, reconnaître un effet préalable
« produit non par l'authenticité de l'acte mais par la
« forme authentique, par la simple apparence de l'authen-
« ticité... L'acte qui a l'apparence authentique fait foi
« de son authenticité et il est réputé émaner de l'offi-
« cier public jusqu'à preuve contraire administrée par
« la voie du faux. »

La foi due aux énonciations contenues dans un acte authentique varie avec la nature même de ces énonciations.

Certaines énonciations font foi jusqu'à inscription de faux, ce sont : 1° La date, les signatures et les formalités dont l'acte porte l'accomplissement ; 2° les faits que l'officier public atteste *de visu* s'être passés en sa présence (1) ; 3° le fait que les parties ont réellement émis les déclarations rapportées *de auditu* par l'officier public, soit qu'il s'agisse des déclarations mêmes que l'acte avait pour but d'enregistrer, soit que ces déclarations aient un rapport direct avec son dispositif.

Toutes ces énonciations font foi à l'égard des tiers et non seulement entre les parties et leurs héritiers ou ayant cause comme pourrait le faire croire la rédaction des art. 1319 et 1320 qui repose sur une confusion commise par le législateur entre la force probante de l'acte

(1) Une simulation commise par les parties dans un acte authentique peut être établie par tous les moyens sans recourir à la procédure de l'inscription de faux. — Cass. Req. 11 mars 1890. D. 93.1.369, 20 nov. 1897. — D. 98.1.108, 21 fév. 1912. S. 13.1.215 et les notes.

qui est absolue et l'effet de la convention qui est relatif (1).

D'autres énonciations ne font foi que jusqu'à preuve contraire ; ce sont celles qui concernent les faits que l'officier public n'avait point qualité pour constater. Le même degré de force probante s'attache également à la réalité des faits et à la sincérité des déclarations relatées par l'officier public et au caractère juridique des conventions énoncées dans un acte authentique. La parole des déclarants ne mérite pas le même crédit que celle de l'officier public et il n'est pas besoin de s'inscrire en faux pour la contester (2).

D'ailleurs, cette vérité des faits et déclarations n'étant établie que par l'aveu des parties qui ont souscrit l'acte, cet aveu doit être sérieux et n'être point le résultat d'une surprise ou d'une erreur. Aussi on présume cette qualité des énonciations quand elles ont un rapport direct avec la disposition, c'est-à-dire avec l'objet que les contractants avaient en vue et, si ce rapport existe, la foi de l'énonciation est la même que celle de la disposition principale tant à l'égard des tiers qu'entre les parties.

Lorsque les énonciations dont s'agit n'ont qu'un rapport indirect avec l'objet principal de l'acte, elles ne produisent effet qu'à l'égard des parties et ne peuvent servir même entre elles que de commencement de preuve par écrit, car il est à présumer qu'elles n'y ont pas prêté toute leur attention au moment de l'établissement du contrat.

(1) Aubry, Rau et Bartin. T. XII § 755, note 48, p. 170 et note 63. — Colmet de Santerre : Cours analytique, édit. 1883, T. V, p. 517.

(2) Cass. 1^{er} janvier 1900. S. 1904. I. 170. — 5 août 1902. S. 1903. I. 319. — 26 décembre 1900. S. 1902. I. 331.

Au surplus la question du degré de foi des énonciations contenues dans un acte authentique n'est point de nature à influencer sur le caractère d'authenticité de l'acte. L'écrit dressé par l'officier public prouve jusqu'à inscription de faux que telle énonciation a eu lieu ; c'est au juge à reconnaître, d'après les circonstances, si elle a ou non trait à la disposition principale et, même en la supposant incidente, si elle pourra servir de commencement de preuve par écrit et dans quelle mesure il y aura lieu d'en tenir compte suivant l'importance qu'elle présentait pour les parties et les circonstances dont elle est entourée.

CHAPITRE II

LA FORCE EXÉCUTOIRE.

L'exécution parée est un privilège attaché à certains actes authentiques et qui permet à leur porteur de recourir directement aux voies d'exécution du droit commun sans l'intermédiaire d'un jugement pour sanctionner la validité de l'obligation. C'est l'effet ordinaire des jugements qui a été attaché à certains actes contractuels.

Les notaires étaient primitivement, ainsi que nous l'avons vu, les délégués de l'autorité judiciaire et, en cette qualité, ils étaient appelés à recevoir l'aveu que les parties faisaient devant leur juge ordinaire pour faire naître l'obligation. Plus tard ils inséraient dans les contrats la clause d'obligation en vertu de laquelle le créancier pouvait, à défaut de paiement à l'échéance, faire vendre les biens de son débiteur et se payer sur le prix. Tous ces détours furent supprimés lorsque parut l'ordonnance de 1539 qui décida que « les lettres obligatoires passées sous le scel royal seraient exécutoires sur tous les biens meubles et immeubles des obligés » et à cet effet les contrats furent revêtus du même intitulé que les jugements pour en prescrire l'exécution.

Toutefois l'ordonnance de 1539 n'était pas observée dans toute la France, il y avait des ressorts où les actes notariés n'étaient exécutoires qu'en vertu de lettres de chancelleries ou de commissions de juge délivrées au greffe. Enfin lorsqu'on voulait exécuter un acte au delà du ressort du Parlement où il avait été passé, il fallait

obtenir un pareatis du grand sceau de la chancellerie royale ou du moins un pareatis spécial de la chancellerie du Parlement dans le ressort duquel on voulait exécuter ; mais si cette exécution devait être bornée à une certaine localité, on se contentait souvent d'un visa du juge du lieu mis au bas d'une requête.

La loi du 6 oct. 1791 (Tit. I sect. 2 art. 13 et 15) ayant établi l'unité judiciaire supprima les derniers vestiges des souverainetés locales. Elle déclara que les actes des notaires, revêtus du même intitulé que les lois et les jugements, seraient exécutoires dans tout le royaume « sans aucun visa ni scel » : disposition qui a été formellement consacrée par l'art. 547 du code de procédure civile.

Ainsi sous l'empire de la législation actuelle, le porteur d'un acte notarié peut poursuivre l'exécution du contrat en recourant directement aux voies d'exécution du droit commun. Ajoutons d'ailleurs que ce privilège s'impose impérativement en ce sens que le créancier qui possède un titre exécutoire doit poursuivre le recouvrement de sa créance par voie d'exécution et non par voie d'action (1) et les frais qu'il pourrait exposer dans la procédure par voie d'action ne pourraient être mis à la charge du débiteur, à l'égard de qui ils sont considérés comme frustratoires, que si le créancier justifiait d'un intérêt suffisant pour agir par cette voie.

En ce qui concerne les droits sanctionnés par une action réelle, les voies d'exécution du droit commun procurent au poursuivant le moyen de se faire mettre en possession, au besoin par la force publique, de l'objet litigieux. En ce qui concerne les autres droits qui ne

(1) Orléans, 17 mars 1837. S. 37. 2. 291.

sont sanctionnés que par une action personnelle les voies d'exécution se ramènent à une procédure de saisie sur les biens du débiteur.

Nous avons vu dans quelle mesure le caractère d'authenticité était reconnu aux contrats administratifs. Peut-on, comme l'ont fait certains auteurs, admettre que tous les contrats authentiques doivent bénéficier du privilège de l'exécution parée? Nous ne le pensons pas. La seule conséquence immédiate de l'authenticité c'est la force probante et par conséquent, c'est la seule conclusion que l'on puisse tirer, à défaut d'un texte exprès, du caractère d'authenticité d'un acte. Au contraire, la force exécutoire est un privilège que la loi a spécialement attaché à certains actes authentiques, il y a donc lieu de rechercher dans quelle mesure ce privilège a été concédé aux contrats passés en la forme administrative.

Le texte fondamental pour les contrats de l'État, l'art. 14 du décret du 28 oct.-5 nov. 1790, reconnaît formellement à ces contrats la force de l'exécution parée ; il n'y a donc aucun doute à cet égard et tout le monde est d'accord sur ce point.

Mais, en ce qui concerne les actes passés au nom des départements et des communes, il n'existe aucun texte analogue et la majorité des auteurs s'accordent à refuser aux contrats de ces subdivisions administratives le privilège de la force exécutoire (1). M. Brémont trouve cependant cette manière de voir peu juridique (2) : « Puisqu'on admet, dit-il, que le but principal du législateur de 1790 a été d'assimiler la forme adminis-

(1) En ce sens, Chauveau et Carré : *Lois de la procédure civile et administrative*. T. IV, p. 402, n° 1891. — Troplong : *Privilèges et hypothèques*, T. II, p. 251. — Hauriou : *Précis de droit admin.* Ed. 1921, p. 42, note. Colmar, 28 janv. 1833. 1. 33. 2. 336.

(2) *Revue critique de législation*, année 1898, T. XXVII, p. 404.

« trative à la forme authentique ou si l'on veut de con-
« céder la force de l'authenticité à la forme administra-
« tive, il s'ensuit que la concession de la force exécutoire faite aux actes passés en la forme administrative doit être considérée *non pas comme un privilège spécial et exceptionnel, mais comme la conséquence normale et naturelle de l'authenticité de ces actes.*
« Par suite, il n'y a pas lieu d'interpréter restrictive-
« ment la disposition de l'art. 14, elle ne contient aucune règle exceptionnelle, elle indique au contraire la
« suite logique d'un principe général et il y a lieu dès
« lors d'admettre cette suite dans tous les cas où l'on
« rencontre le principe. Nous estimons donc qu'il faudrait décider que tous les actes passés en la forme
« administrative emportent exécution parée. »

Nous avons fait quelques réserves (supra 1^{re} partie ch. III) sur l'opinion de M. Brémont, qui admet l'authenticité de tous les actes passés en la forme administrative. Nous pensons qu'ici encore cet auteur s'écarte de la vérité, pour cette excellente raison que nous avons déjà signalée, à savoir que la force probante est fort indépendante de la force exécutoire et qu'il est impossible de conclure de l'une à l'autre. Au surplus c'est par lui-même que nous répondrons à M. Brémont qui écrit quelques lignes plus loin : « La force probante ne
« doit pas être confondue avec la force exécutoire ; si
« cette dernière s'attache généralement à l'acte authentique, il n'est point nécessaire qu'il en soit toujours
« ainsi. Il existe des actes qui sont incontestablement
« revêtus de l'authenticité, comme les actes de l'État
« Civil et n'emportent pas exécution parée. La force
« exécutoire n'est donc qu'une qualité accessoire de

« l'authenticité; c'est la force probante qui en est la
« qualité propre et essentielle, l'existence de la première
« ne prouve donc rien relativement à l'existence de la
« deuxième. »

Il y a entre ces deux passages de notre auteur une contradiction manifeste ; et comme c'est le dernier passage qui est conforme aux principes, il est bien permis de penser que c'est le premier qui s'en éloigne (1).

Admettons donc que seuls les contrats administratifs passés au nom de l'Etat aient la force de l'exécution parée, mais remarquons aussitôt que cette conclusion ne fait pas perdre grand'chose aux actes des départements et des communes. Comme le fait remarquer très justement la circulaire du ministre de l'Intérieur dont nous avons rapporté les termes (supra p. 34 note) les maires ont un moyen simple d'obtenir un titre exécutoire, sans recourir aux tribunaux, au moyen des états de recouvrements rendus exécutoires par le visa du sous-préfet. Cette procédure rapide et simple instituée par l'art. 63 de la loi du 18 juil. 1837 a été confirmée par l'art. 151 de la loi du 5 avril 1884 et une procédure analogue a été instituée au profit des départements par l'art. 64 de la loi du 10 août 1871 et au profit de l'Etat par l'article 54 de la loi du 13 avril 1898.

Au surplus cette question de l'exécution des contrats administratifs appelle une double remarque.

D'une part les contrats ne peuvent jamais être exécutés par les particuliers contre les personnes morales du droit administratif au moyen des voies d'exécutions habituelles. Nous ne pouvons entrer ici dans les contro-

(1) Cf. Block : Dictionnaire d'administration, V^o contrat administratif n^o 27.

verses que soulève la question de la saisie des biens de l'Etat, des départements ou des communes. Disons seulement que leurs créanciers ne peuvent poursuivre l'exécution que par la voie administrative en suivant les trois phases de la liquidation, de l'ordonnancement et du paiement.

Le recours gracieux est ouvert devant le Conseil d'Etat en cas de refus du ministre d'ordonnancer ou de liquider une dette de l'Etat. Contre le refus du maire ou du préfet on peut recourir à la procédure de l'inscription d'office au budget de la commune (art. 149, loi du 5 avril 1884) ou du département (art. 62, loi du 10 août 1871 modifié par les lois du 29 juin 1899 et du 30 juin 1907). Enfin les créanciers des communes peuvent en certains cas provoquer la vente forcée des biens de la commune en vertu de l'art. 110 de la loi du 5 avril 1884 (1).

D'autre part, les personnes morales dont s'agit, ont à leur disposition contre les particuliers, outre les voies d'exécution du droit commun que leur procure l'acte authentique des procédures rapides et simplifiées. Nous avons déjà parlé de celle des recouvrements par états rendus exécutoires ; on ne saurait omettre de signaler la procédure par contrainte par laquelle certains agents administratifs ont le pouvoir de conférer sans frais à l'administration des titres qui produisent les mêmes effets que les jugements. Le principe de ce privilège se trouve écrit dans l'ordonnance de février 1566 (art. 8). « Pour les droits dépendans de notre domaine sera et pourra

(1) Sur la question de l'exécution contre les personnes morales du droit administratif, cf. Dumesnil et Pallain : *Législation du trésor public*, 408 et suivants. — La Ferrière : *Juridict. administ.*, T. I, p. 302 et 306. — Defert, Thèse Paris, 1910.

« être en tous lieux et parlements procédé par saisie ». Les lois de la période intermédiaire ont développé cette idée. La loi du 19 août-12 sept. 1791 donne au directeur des domaines le droit de décerner des contraintes, pour les revenus des domaines nationaux et droits échus », exécutoires après visa par le président du Tribunal civil. La loi du 22 Frimaire an VII (art. 64) donne la même faculté aux receveurs de l'enregistrement pour les droits et amendes, et les receveurs des douanes peuvent en délivrer avec le visa du juge de paix (Loi 16-22 août 1791. Titre XIII, art. 31 et 32) ; il en est de même en matière de contributions (Loi 1^{er} Germinal an XIII, art. 43 et 44).

On peut voir par là que les particuliers et les personnes morales du droit administratif sont loin d'être dans des situations identiques en ce qui concerne l'exécution de leurs obligations respectives.

CHAPITRE III

DE L'HYPOTHÈQUE.

Nous avons eu l'occasion de dire que, dans notre ancien droit, tout acte authentique emportait de plein droit hypothèque générale sur tous les biens présents et à venir du débiteur.

A ce point de vue, l'article 14 du décret des 28 octobre-5 novembre 1790, lorsqu'il stipule que les baux et autres actes d'administration emporteront hypothèque, semble ne pas avoir eu d'autre but que d'assimiler les actes passés en la forme administrative aux actes authentiques.

Les lois de la période intermédiaire confirmées par le Code civil ayant opéré une réforme complète du système hypothécaire, nous devons voir quels vestiges de la règle ancienne se retrouvent de nos jours dans les contrats qui font l'objet de notre étude.

SECTION I

De l'hypothèque générale

Les inconvénients du régime hypothécaire ancien étaient apparus bien avant la Révolution, et déjà Loiseau avait fait le procès de la clandestinité du système (1). Plusieurs tentatives avaient été ébauchées pour

(1) Du Déguerpissement. Liv. III, ch. I.

réaliser la publicité des hypothèques (1), mais toutes échouèrent devant l'opposition irréductible des parlements. La loi du 9 Messidor an III consacra d'une manière absolue et sans exception le principe de la publicité des hypothèques en créant le système de l'inscription sur les registres des conservateurs que cette loi instituait dans chaque arrondissement.

La loi du 11 Brumaire an VII confirma le principe de la publicité et établit celui de la spécialisation de l'hypothèque au moment de sa constitution, elle n'admit d'exception au principe de la spécialité que pour les hypothèques légales et judiciaires (art. 17).

Le Code civil institua définitivement les principes de la spécialité et de la publicité, mais établit cependant une dispense d'inscription pour les hypothèques légales du mineur, de l'interdit et de la femme mariée.

Ainsi tout effet d'hypothèque générale se trouvait retiré aux contrats notariés puisque le principe de la spécialité ne subissait d'exception qu'en faveur des hypothèques légales et judiciaires et aucune hypothèque occulte ne pouvait prendre naissance à l'occasion d'un contrat si ce n'est au profit des mineurs ou des femmes mariées en vertu de la loi.

Il semblerait qu'à la suite d'une réforme aussi radicale tout effet d'hypothèque générale dût être définitivement

(1) La première est due à Henri III par un édit. de juin 1581 qui fut attaqué comme bursal et révoqué en 1588 ; la deuxième fut faite par Henri IV, sur les conseils de Sully, par l'édit de 1606, qui souleva la même opposition et ne fut enregistré que par un seul parlement, celui de Normandie. Enfin, la troisième, réalisée à l'instigation de Colbert fut l'objet de l'édit de 1673, rédigé avec le plus grand soin, et qui a été fort utilisé par Valette pour la préparation de la loi du 23 mars 1855. Cet édit fut violemment attaqué par cette raison stupide qu'il portait atteinte au crédit des particuliers en découvrant les charges dont ils pouvaient être grevés. Louis XIV, aux mépris de tous ses principes, dut céder devant l'opposition, et l'édit de Colbert fut révoqué en avril 1774.

refusé aux contrats passés en la forme administrative, puisque les contrats notariés auxquels le texte de 1790 les assimilait en devenaient eux-mêmes dépourvus. Cependant, une première raison de douter en était l'article 1712 du Code civil, suivant lequel « les baux des biens « nationaux, des biens des communes et des établisse-
« ments publics, sont soumis à des règlements particu-
« liers ». Ces règlements, disait-on, sont pour les baux des biens nationaux, l'art. 14 du décret des 28 octobre-5 novembre 1790. Pour les baux des biens des communes et des établissements publics, l'arrêté du 7 Germinal an IX.

Une autre raison de doute provenait de la loi des 4 et 7 mars 1793, dont l'article 3 porte : « quoique les mar-
« chés soient passés par des actes sous signatures pri-
« vées, la nation aura néanmoins hypothèque sur les
« immeubles appartenant aux fournisseurs et à leurs
« cautions, à compter du jour où les ministres auront
« accepté les marchés ». Ce texte et celui du décret de 1790 ont-ils encore à l'heure actuelle toute leur force en matière hypothécaire, sinon, quelles modifications y ont été apportées depuis ?

Cette question a soulevé des discussions sérieuses qu'il n'est pas inutile de rappeler ici.

Une première opinion, qui est développée par Duranton (1), admet que la loi du 11 Brumaire an VII (art. 3, § 4), a maintenu les hypothèques résultant des lois existantes, et qu'au surplus, l'article 6 de la loi du 5 septembre 1807, qui confère au Trésor une hypothèque légale sur les biens des comptables à l'époque de leur nomination, et sur ceux qu'ils ont acquis postérieu-

(1) Cours de droit français, éd. 1844, T. XVII, n° 41.

rement à titre gratuit, démontre bien que le système du code des hypothèques légales n'est pas complet et qu'il est de règle que les matières spéciales sont demeurées étrangères à ses prévisions et doivent continuer à être régies par les lois qui les concernent. On convient cependant que la spécialité et la publicité de l'hypothèque forment la base du régime actuel, mais on déduit seulement de ces principes que les hypothèques légales produites par les contrats administratifs ne produiront effet qu'autant qu'elles auront été inscrites sur les registres du conservateur avec la désignation des biens grevés (1)

Cette opinion a été consacrée par un arrêt de la Cour de Cassation du 12 janvier 1835 (2), où il est dit notamment : « Vu l'article 14 de la loi du 28 octobre 1790, les « articles 1 et 3 de la loi du 4 mars 1793, et les articles « 2127, 2132 et 2148 du Code civil. Attendu que de la « combinaison des lois ci-dessus visées, il résulte que le « ministère des notaires n'est point nécessaire pour les « marchés passés avec l'administration et que les actes « administratifs contenant les stipulations relatives aux « dits marchés emportent hypothèque... Attendu que les « énonciations exigées par le Code civil n'ont pour but « que de rendre les hypothèques tellement publiques et « déterminées que quiconque est dans le cas de traiter « avec un autre ait les renseignements nécessaires pour « faire toutes les vérifications qui l'intéressent et pour « qu'il ne puisse être induit en erreur sur les chances « auxquelles se trouve exposée la propriété grevée d'hy-

(1) C'est le sens littéral de la loi du 11 Brumaire an VII, art. 3 : « L'hypothèque existe mais à la charge de l'inscription, 1^o pour une créance consentie... ; 4^o pour celles auxquelles la loi donne le droit d'hypothèque. Recueil Duvergier, T. II, page 16.

- (2) S. 35. I. II. — D. 35. I. 87.

« pothèque... Attendu que par les énonciations sus
« relatées contenues dans l'inscription dont s'agit, le
« vœu des articles du Code civil ci-dessus visés, a été
« suffisamment rempli... »

Cette opinion est très ancienne, on la trouve pour la première fois exprimée dans un avis du ministre de la Justice du 27 Messidor an VII (1) et elle procédait de l'idée aujourd'hui périmée que les contrats emportent hypothèque générale. Aussi l'opinion que nous avons exposée, malgré l'autorité que lui donne la décision de la Cour de Cassation, est-elle aujourd'hui à peu près complètement abandonnée et on a donné pour cela de bonnes raisons (2).

La plus décisive est assurément celle tirée de l'article 56 de la loi du 11 Brumaire an VII, qui a déclaré abrogés toutes les lois, coutumes et usages antérieurs sur les constitutions d'hypothèques ; et d'autre part, le Code civil contenant un système complet sur le régime hypothécaire, cette abrogation a été confirmée par l'article 7 de la loi du 30 Ventôse an XII sur la promulgation du Code civil.

Vainement tirerait-on argument, dans l'opinion contraire, de l'article 2098 du Code civil qui dispose que le privilège à raison des droits du Trésor public est réglé par les lois spéciales qui le concernent. Il ne s'agit nullement ici d'un privilège, mais d'une hypothèque ; ce qui le montre, c'est que s'il s'agissait d'un privilège, l'Etat serait dispensé de l'inscription, et les partisans de ladite opinion ne vont pas eux-mêmes jusque-là. Puisqu'il s'agit

(1) Sous Bruxelles, 27 août 1807. S. 1807.2.342.

(2) Troplong : Des privilèges et hypothèques, n° 505 bis. — Aubry et Rau, 5^e éd., T. III, § 266, note 55, p. 466. — Baudry-Lacantinerie et de Loyne : Privilèges et Hypothèques, T. II, p. 546.

d'une hypothèque, nous ne pouvons la trouver, conformément à l'article 2115 du Code civil, que dans les cas autorisés par la loi. Or l'article 2121 règle l'hypothèque légale de l'État et la limite expressément aux biens des receveurs et administrateurs comptables. Aucun autre texte ne confère à l'État d'hypothèque générale, si ce n'est l'article 2123 pour les hypothèques judiciaires, mais nous ne sommes plus là en matière de contrats.

Reste en faveur du maintien de l'hypothèque générale l'argument tiré de l'article 1712 du Code civil, dont nous avons rappelé les termes. Cet argument n'est pas d'un grand poids si l'on veut bien remarquer que l'article 1712 est placé en fin d'un chapitre où le Code, sous le titre : « Dispositions générales », énumère les diverses sortes de contrats de louage. Le vrai sens de cet article, comme celui du dernier paragraphe de l'article 1711, est que les baux et contrats auxquels il se rapporte ne rentrent pas dans les règles générales qui font l'objet du Titre huitième du Code (Contrats de louage), ou tout au moins qu'il ne serait point dérogé aux règlements particuliers à ces baux par ledit Titre huitième en ce qu'il pourrait leur être contraire.

L'article 1712 ne se rapporte nullement au régime hypothécaire, même pour les baux, et il faut admettre que si le législateur avait voulu établir, en faveur des baux administratifs, une dérogation si importante aux principes du système hypothécaire, il l'eût expressément stipulé au titre où il traite de ce système et, notamment, dans les articles 2117, 2121, 2193 et suiv. ; qu'au surplus l'article 1712 n'établirait cette dérogation qu'au profit des baux et qu'il n'y a aucune bonne raison pour qu'eux

seuls parmi les actes administratifs bénéficient de cette faveur.

SECTION II

Des constitutions d'hypothèque conventionnelle

La plupart des auteurs admettent donc aujourd'hui sans difficulté que les contrats passés en la forme administrative ne sauraient, pas plus que les contrats notariés, emporter hypothèque générale sur les biens du débiteur, et l'on demeure d'accord que la loi du 11 Brumaire an VII et le Code civil ont abrogé les textes antérieurs en ce qu'ils touchaient au régime hypothécaire. Néanmoins, et par une contradiction singulière, on admet généralement que ces textes produisent encore effet à un certain point de vue et l'on s'appuie sur eux pour reconnaître la possibilité de stipuler une hypothèque conventionnelle dans un acte reçu en forme administrative.

Dans une première opinion, on invoque l'article 3 de la loi du 4 mars 1793, qui confère à l'Etat hypothèque sur les biens des fournisseurs, quoique les marchés soient passés par des actes sous signatures privées. Or, dit-on, il ne s'agit pas là d'une hypothèque générale, mais d'une hypothèque conventionnelle en ce sens que « la constitution d'hypothèque est sous-entendue et réputée écrite dans lesdits marchés » (1).

Ingénieuse façon, en vérité, de se débarrasser des

(1) Perriquet : Contrats de l'Etat, p. 146. — Cass. Réj. 9 juin 1847. — D. 53. 1. 306.

objections trop encombrantes, en supprimant l'hypothèque générale pour la rétablir aussitôt sous la forme d'une hypothèque, dite conventionnelle, mais qui s'établira sans la volonté du débiteur, qui englobera peut-être tous ses biens présents et à venir (on ne le nie pas) et qui ne sera soumise qu'à la nécessité de l'inscription que l'administration fera prendre lorsqu'elle le jugera à propos.

On ne saurait trop s'élever contre une interprétation aussi abusive des textes, qui n'a d'autre but que d'en extraire à tout prix le résultat cherché, surtout lorsqu'une pareille interprétation se trouve aussi peu en harmonie que possible avec les principes généraux.

Croit-on que les rédacteurs du code qui ont réglementé avec soin le régime hypothécaire eussent toléré une pareille entorse à leurs principes? Que tout au moins, si cela était, ils n'eussent pas pris quelques précautions à l'égard d'une espèce aussi insolite et aussi dangereuse et que leur abstention à ce sujet peut se justifier par ce fallacieux prétexte que « la loi de Brumaire et le Code civil, lois générales et lois civiles, ne peuvent être considérés comme ayant abrogé, sans s'en expliquer, une loi spéciale et une loi de droit public » ? (1).

Au surplus, la loi de 1793 n'a eu d'autre but que de confirmer aux marchés de travaux publics, passés sans le concours d'un notaire, la force hypothécaire que la loi de 1790 avait concédé aux contrats dressés en la forme administrative et son effet a été abrogé, comme ont été abrogés tous les textes qui conféraient une hypothèque générale aux actes contractuels.

Sous l'empire de la législation actuelle, une hypo-

(1) Perriquet : Loc. cit.

thèque conventionnelle ne peut résulter que de la volonté du débiteur au moyen d'une stipulation expresse, toute autre solution doit être définitivement écartée.

Mais, généralement, les auteurs qui admettent que les contrats passés en la forme administrative peuvent valablement contenir une stipulation d'hypothèque conventionnelle présentent des arguments beaucoup plus séduisants.

L'article 14 de la loi du 5 novembre 1790 contient, dit-on, deux dispositions : l'une qui attribuait hypothèque générale aux actes administratifs est abrogée ; l'autre, qui déclare le ministère des notaires inutile pour les contrats passés par l'administration, constitue une règle spéciale du Droit administratif qui n'est en rien contraire aux bases de notre régime hypothécaire et qui doit être maintenue comme loi spéciale à laquelle la loi générale n'a point dérogé (1).

« Pour comprendre la loi de 1790, écrit Serrigny (2),
« et l'influence qu'elle peut avoir aujourd'hui, il faut
« se pénétrer de son esprit. Le législateur a voulu que
« l'Etat pût contracter et agir en justice aux moindres
« frais possibles et cependant qu'il pût jouir au moins
« de tous les avantages qu'obtiennent les simples ci-
« toyens astreints à suivre les formes du droit com-
« mun... Ainsi, pour les contrats à passer par l'Etat, la
« loi a voulu le dispenser de recourir au ministère des
« notaires afin d'épargner les frais ; pour que le moyen
« fût efficace il fallait que l'Etat ne fût pas privé des
« garanties de droit commun, c'est pour cela que la loi
« de 1790 attribue aux actes administratifs le droit de

(1) Guillouard : Privilèges et hypothèques, T. II, n° 1.010.

(2) Traité de l'organisation de la compétence et de la procédure en matière administrative. N° 1.075.

« conférer hypothèque... Je conçois que l'hypothèque
« qui peut résulter des baux et actes administratifs ne
« soit plus considérée comme légale puisque le Code Na-
« poléon n'attache plus l'hypothèque de plein droit à
« tous les actes authentiques. Elle ne doit pas non plus
« être judiciaire, puisque nous supposons qu'il s'agit de
« baux ou d'autres contrats, mais elle peut et doit être
« conventionnelle. Vainement opposerait-on que d'après
« l'article 2127 du Code Napoléon, l'hypothèque conven-
« tionnelle ne peut être consentie que par acte notarié.
« Cette objection ne vaut rien, car les agents adminis-
« tratifs ont tous les pouvoirs des notaires pour recevoir
« les baux et contrats intéressant l'Etat (art. 14, loi des
« 28 oct.-5 nov. 1790). Donc, les actes administratifs
« peuvent, comme les actes notariés, contenir encore
« aujourd'hui des stipulations d'hypothèque. Autrement
« le ministère des notaires deviendrait obligatoire pour
« l'Etat, ce qui serait subversif du principe fondamental
« du droit administratif énoncé plus haut. »

Cette théorie est d'une belle ordonnance logique, et la plupart des auteurs s'y sont ralliés (1). En outre, elle a reçu une confirmation récente par la loi du 5 août 1920 sur le Crédit mutuel et la coopération agricoles, dont l'article 25 porte : « Lorsque les sociétés coopératives ou les « sociétés d'intérêt collectif agricole auxquelles sont « attribuées des avances à long terme, sont ou devien-
« nent propriétaires d'immeubles, hypothèque doit être

(1) En ce sens, Favard de Langlade : Répertoire de législation, V^o Louage, sect. I, § 4. — Foucard : Traité de droit administratif, T. II, n^o 1.117. — Ducrocq : Droit administratif, T. II, n^o 1.036. — Berthélemy : Droit administratif, 9^e éd., p. 108. — Haurion : Précis de droit administratif, éd. 1921, p. 856 et 857. — Grenier : Traité des hypothèques, I, n^o 9. — Aubry et Rau, 5^e éd., T. III, p. 466, note. — Colin et Capitant : Droit civil, 2^e éd., T. II, p. 941. — Cass. civ. Rej. 3 mai 1843. S. 43. 1. 368 ; Rej. 9 juin 1847. — D. 53. 1. 306. — S. 48. 1. 54.

« consentie sur ces immeubles au profit de l'Etat, dès
« que la caisse régionale en fait la demande et dans la
« forme des actes administratifs, en application de la loi
« des 28 octobre-5 novembre 1790. »

Ainsi, il est bien établi que l'Etat peut écarter à son profit l'article 2127 du Code civil et se faire consentir une hypothèque conventionnelle hors la présence d'un notaire. Mais s'il ne peut y avoir doute sur la validité d'une telle opération en présence de la loi du 5 août 1920, qu'il nous soit permis de présenter quelques observations sur le système que cette loi ratifie.

L'étude du droit est, par définition, l'étude des rapports juridiques entre les sujets du droit ; or, dans les études de droit administratif, on a toujours tendance à envisager ces rapports juridiques du côté du sujet le plus important (l'Etat, l'administration), lorsque l'autre sujet n'est qu'un simple particulier dont la faible capacité juridique est étouffée par celle de la personne administrative qu'on lui oppose. On regarde l'Etat par le petit bout de la lorgnette et par le gros bout le particulier.

Cette manière de voir se justifie dans une certaine mesure quand entre en jeu l'intérêt général qui exige parfois le sacrifice des intérêts particuliers au profit de la puissance publique que personnifie l'administration ; elle n'est plus du tout de mise en matière de contrats où se rencontrent, sur un terrain neutre, deux volontés libres entre les barrières du Droit commun.

Ainsi, dans la théorie que nous avons exposée, on se débarrasse de l'art. 2127 du Code civ. en disant que la loi de 1790 a dispensé l'Etat de recourir au ministère des notaires, ce dont nous demeurons volontiers d'accord ; mais ce n'est là, qu'un des côtés de la question et précisément

l'art. 2127 nous semble se rapporter à l'autre côté : en l'espèce celui du particulier qui consent l'hypothèque. Assurément notre article a pour effet d'obliger celui qui veut se faire conférer une hypothèque à passer l'acte constitutif devant notaire, mais ce n'est pas uniquement pour imposer au créancier une formalité, c'est aussi pour protéger le débiteur et assurer la validité et l'efficacité de son consentement.

Le rôle du notaire en pareil cas est, non seulement de vérifier l'origine de la propriété et de remplir les formalités nécessaires pour obtenir l'inscription au rang promis ; c'est encore et surtout d'éclairer le constituant sur la gravité de la garantie qu'il donne et sur ses effets et de s'assurer de son identité. Nous pensons volontiers que l'administration puisse remplir aisément le rôle du notaire en ce qui la concerne ; nous estimons toutefois qu'il vaut mieux lui éviter d'avoir à faire contre elle-même l'éducation juridique de son débiteur. Que si cette question d'éclairer le débiteur peut paraître aujourd'hui assez peu décisive en raison du développement de l'instruction, il en est une autre qui peut se poser à chaque instant c'est celle de l'identité du constituant.

Le notaire, en effet, est responsable de l'identité des parties et il doit s'assurer, sous sa responsabilité, que l'individu qui consent l'hypothèque est bien le propriétaire de l'immeuble. Imagine-t-on les vicissitudes auxquelles se trouveraient exposés les propriétaires d'immeubles, sans cette garantie de l'intervention du notaire qui est une des bases du crédit immobilier, et peut-on concevoir qu'un aventurier par vengeance ou par fraude puisse, en empruntant la personnalité du propriétaire, conférer une hypothèque sur un immeuble qui ne lui appartiendrait

pas ? C'est là assurément ce qu'a voulu éviter l'art. 2127 et c'est là aussi la meilleure justification qu'on puisse trouver à ce texte.

Mais, dira-t-on, cette éventualité se présente pour tous les contrats immobiliers, pourquoi seuls les actes constitutifs d'hypothèque sont-ils soumis à l'intervention du notaire ? La raison n'en est pas difficile à découvrir. Tous les autres contrats : vente, échange, bail, etc... sont, dans un délai plus ou moins court, suivis de l'exécution (généralement la prise de possession réelle ou la perception des loyers) qui dénonce le contrat au véritable propriétaire et interrompt la prescription du possesseur de bonne foi. Rien de tel pour l'hypothèque qui est un droit occulte et qui pourra grever les biens d'un individu sans que celui-ci en ait connaissance, pendant un temps indéfini et tant du moins que le créancier n'aura pas été contraint de recourir à la saisie. On peut même supposer que le constituant frauduleux obtienne plus tard la radiation de l'inscription et le véritable propriétaire n'en aura jamais eu connaissance. Quel admirable instrument de crédit, il y aurait là pour les individus sans scrupules !

Par là nous touchons au caractère d'ordre public de l'article 2127 et ce faisant nous ne sommes pas si loin, qu'on pourrait le penser de Serrigny lui-même, quand il écrit « Si, comme je le pense, l'hypothèque qui peut
« dériver des actes administratifs, autres que les arrêts
« et contraintes assimilés aux jugements, doit être con-
« ventionnelle, il faut en conclure que les articles 2134
« et 2148 du Code Napoléon relatifs au rang des hypo-
« thèques, à la nécessité et aux formes de l'inscription
« sont obligatoires pour l'Etat comme pour les particu-
« liers. *Des considérations d'ordre public ont fait intro-*

« duire ces formes et l'intérêt général exige que l'État y
« soit soumis. »

Nous croyons avoir montré que des considérations d'ordre public ont fait introduire la règle de l'art. 2127 et nous pensons que l'intérêt général exigerait que l'État lui-même s'y soumette également. (1)

(1) En ce sens, Troplong : Privilèges et hypothèques, T. II, n° 270 et suiv. — Curasson : Code Forestier, T. I, n° 189.

CONCLUSIONS

Depuis quelque vingt-cinq ans, la question de l'authenticité des contrats passés en la forme administrative semblait quelque peu oubliée.

Les auteurs; attirés par les intéressants problèmes issus du mouvement social et des phénomènes économiques particuliers qui ont marqué la période moderne, paraissaient se désintéresser de cette question qui relève de principes aujourd'hui en partie abandonnés.

La jurisprudence d'ailleurs n'eut pas, sur ce point, à réveiller l'attention de la doctrine, et il n'est pas à notre connaissance que depuis les arrêts de 1895-96 que nous avons cités, l'occasion lui ait été donnée de se prononcer en cette matière.

Enfin l'administration elle-même semblait s'accommoder parfaitement du silence général. Peu soucieuse de s'égarer au milieu des formalités parfois nombreuses et délicates que soulèvent l'établissement et l'exécution des contrats, elle recourait volontiers au ministère des notaires et n'usait que dans une mesure restreinte des privilèges auxquels elle pouvait prétendre (1).

Néanmoins la loi du 5 août 1920 faisant une application, peut-être hardie, du décret de 1790 vient de donner un nouvel essor à la question en consacrant la doctrine, jadis discutée, d'après laquelle l'Etat peut se faire consentir une hypothèque dans un contrat administratif sans

(1) Voir notamment, Block : Dictionnaire de l'administration, V^e Contrat adm., n^o 21.

recourir au ministère des notaires contrairement aux dispositions de l'article 2127 du Code civil.

Cette loi est le reflet d'une tendance nouvelle qui cherche à exonérer l'administration des frais occasionnés par l'intervention d'un notaire ; elle prétend trouver sa justification dans la nécessité impérieuse qui s'impose aux personnes administratives d'alléger, par tous les moyens possibles, un budget déjà fort élevé qui retombe lourdement sur les contribuables.

L'hypothèse de la loi de 1920 était d'autant plus intéressante qu'il s'agissait d'hypothèque consentie à l'État par des sociétés coopératives ou d'intérêt collectif agricoles, auxquelles il convient d'éviter également les frais de l'intervention d'un notaire qui serait sans profit pour elles. Mais nous estimons qu'il eut été préférable de limiter à ce cas particulier une disposition aussi exorbitante du droit commun (sauf à l'étendre aux cas analogues, s'il s'en présentait par la suite), plutôt que d'en profiter, comme le fait l'art. 25 de la loi de 1920, pour consacrer le principe en termes généraux.

Remarquons d'ailleurs que, d'ordinaire, la question des frais ne se pose pas pour l'administration en matière d'hypothèque. En effet, les personnes administratives ne confèrent pas d'hypothèque sur leurs biens, mais au contraire, exigent que les particuliers affectent leurs immeubles à la garantie de leurs obligations. Or il est d'usage que les frais de la constitution d'hypothèque soient à la charge du débiteur et par suite, en l'espèce, ils n'incomberaient pas à l'administration.

De plus en matière de contrats, et nous avons déjà eu l'occasion de faire cette remarque, l'administration n'est pas seule en cause. Deux personnalités agissent, discu-

tent et s'obligent, ce dont il y a lieu de tenir compte. Enfin le contrat peut avoir plus qu'un effet relatif aux parties en cause ; il peut intéresser les tiers. Aussi, lorsque la loi impose à la liberté des contractants certaines limites en vue de la protection de l'une des parties ou de l'ordre public général, l'administration se devrait à elle-même de ne franchir ces limites qu'en cas de nécessité duement constatée et en observant la plus grande circonspection.

Le principe de l'authenticité des contrats administratifs comporte en soi d'utiles applications. Il procure aux personnes administratives le moyen d'utiliser la compétence souvent très réelle de leurs agents, il leur permet parfois l'emploi d'une procédure plus rapide et plus simple que celle des contrats notariés, enfin, s'il n'est pas toujours une source d'économies pour l'administration, il permet cependant quelquefois d'éviter des frais inutiles.

Toutefois on ne doit point perdre de vue que la naissance de l'institution est due à deux facteurs déterminants qui étaient, en 1790 : la nécessité d'assurer à tout prix la circulation et la gestion des biens nationaux, et le souci exagéré d'établir l'indépendance complète de l'administration vis-à-vis du pouvoir judiciaire dont le notariat de l'ancien régime était une émanation. On s'élevait contre l'idée que l'administration pût être mise au greffe, il ne fallait pas qu'elle fût contrainte de passer par une étude. Ces motifs qui déterminèrent autrefois le législateur sont maintenant totalement dépourvus d'intérêt.

Néanmoins si l'on veut rénover aujourd'hui le principe ancien et lui faire produire de nouvelles applications, il importe avant tout de le compléter et de le régler par une bonne législation. Notamment il serait désirable

qu'une loi intervînt à cet égard pour assimiler, quant à leur formation et à leur exécution, les contrats administratifs et les contrats notariés. Pour que ces deux sortes de contrats bénéficient du privilège de l'authenticité, ce n'est pas trop de demander que les contrats administratifs soient entourés des formes et conditions destinées à garantir la présomption de sincérité attachée par la loi aux contrats notariés.

Il y aurait lieu dans ce but d'imposer aux fonctionnaires qui reçoivent les contrats administratifs les conditions de capacité, de présence et de compétence imposées aux notaires par la loi du 25 Ventôse an XI. De prescrire à ces fonctionnaires l'observation des formalités édictées par cette loi pour la rédaction, la conservation et la communication des actes notariés ; de les astreindre à l'obligation de conseiller les parties et de vérifier leur identité ; de leur faire, comme aux notaires, défense d'instrumenter dans certains cas où leur impartialité pourrait se trouver en danger.

Parallèlement et à titre de sanction, il faudrait rendre ces fonctionnaires responsables, au même titre que les notaires, des actes qu'ils reçoivent et fixer, pour l'exercice de l'action civile en responsabilité, les mêmes modalités que pour l'exercice de cette action contre les notaires notamment en instituant à cet égard la compétence des tribunaux civils et en écartant la procédure du conflit.

Ainsi, tout en respectant l'indépendance nécessaire à l'administration pour la gestion de son patrimoine et des services publics, on tiendrait compte utilement des règles d'intérêt général instituées en vue de la protection des contractants ou des tiers et qui sont bien de mise en matière de contrats.

Vu : Le Président de Thèse,
René JACQUELIN.

Vu : Le Doyen,
H. BERTHELEMY.

Vu et permis d'imprimer :
Le Recteur de l'Académie de Paris,
P. APPELL

TABLE DES MATIÈRES

PREMIERE PARTIE

ORIGINES, FORMES ET CONDITIONS DE L'AUTHENTICITÉ.

CHAPITRE I. — DES ACTES AUTHENTIQUES EN GÉNÉRAL.

Définition de l'acte authentique. — Caractères de l'authenticité. — Conditions de l'authenticité. — Contrats authentiques notariés et contrats administratifs. — Les textes fondamentaux de la période intermédiaire 3

CHAPITRE II. — LES CONTRATS NOTARIÉS.

Origines de l'authenticité de l'acte notarié. — Les contrats à Rome et dans l'ancien droit. — Effets des contrats notariés sous l'ancien régime. — La loi du 25 Ventôse an XI. — Formes prescrites pour l'établissement des actes notariés. — Conditions imposées aux notaires pour l'exercice de leur fonction. — Responsabilité des notaires 11

CHAPITRE III. — LES CONTRATS ADMINISTRATIFS.

Les contrats passés au nom de l'Etat sont authentiques. Quid ! des contrats passés par les maires au nom des communes. — Evolution de la doctrine sur ce point au cours du XIX^e siècle. — L'opinion de Serrigny. — Discussion de cette opinion. — Absence de formes et conditions générales prescrites pour l'authenticité des contrats administratifs 27

DEUXIEME PARTIE

EFFET GÉNÉRAL DE L'AUTHENTICITÉ : LA FORCE PROBANTE.

PRIVILÈGES ATTACHÉS A CERTAINS ACTES AUTHENTIQUES.

CHAPITRE I. — LA FORCE PROBANTE.

Identité de l'acte notarié et de l'acte administratif au point de vue de la preuve. — L'acte fait foi de lui-même. — La foi due aux énonciations. — La force probante à l'égard des tiers 50

CHAPITRE II. — LA FORCE EXÉCUTOIRE.

Origine de l'exécution parée. — Pareatis et visa. — La loi du 16 octobre 1791. — Force exécutoire des actes notariés et des contrats administratifs. — Observation sur la situation respective des particuliers et des personnes administratives au point de vue de l'exécution de leurs obligations respectives 55

CHAPITRE III. — L'HYPOTHÈQUE.

SECTION I.

L'hypothèque générale. — L'effet hypothécaire des contrats notariés sous l'ancien régime. — Sa disparition. — Peut-il être maintenu au profit des contrats administratifs ? 62

SECTION II.

Des constitutions d'hypothèque conventionnelle. — Les contrats administratifs peuvent valablement en stipuler. — Loi du 5 août 1920. — Observations tirées de l'art. 2127 C. civ. 68

CONCLUSIONS.

La tendance nouvelle marquée par la loi du 5 août 1920. — Avantages et inconvénients de l'emploi de la forme administrative. — Utilité d'une réforme législative pour en régler l'emploi 76

